

EL PRESENTE DEL SISTEMA PENSIONAL: TRANSICIÓN Y NUEVOS MECANISMOS DE PROTECCION

GERARDO ARENAS MONSALVE

*Intervención en el XXXII Congreso Nacional del
Colegio de Abogados del Trabajo. Santa Marta, mayo 14-16 de 2014.*

INTRODUCCION

Una mirada de conjunto del sistema pensional colombiano, en perspectiva histórica, permite situarlo en nuestro tiempo en una *etapa de reformas estructurales* que se inician con la Constitución de 1991 y la expedición de la Ley 100 de 1993. Esta etapa, que cumplió ya veinte años, ha tenido, a su vez, diversos momentos normativos y de política social, que podemos agrupar de la siguiente manera:

- En primer término, la puesta en marcha de las reformas, que cubre el período que va desde la Constitución y la Ley 100 hasta el año 2002.
- El período 2002-2010, que puede denominarse “de ajustes radicales” al modelo de seguridad social, con reformas en las que predomina el criterio de la sostenibilidad. En ese contexto, las modificaciones más relevantes fueron la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 1 de 2005.
- Finalmente, la etapa que se inicia en 2010 y llega hasta el momento presente, puede llamarse “de oscilación entre la sostenibilidad y la ampliación de derechos”, y se caracteriza por ser una época en la cual las preocupaciones por la sostenibilidad se mantienen e incluso se amplían a nuevos ámbitos, pero la legislación pone el énfasis en la idea de que la solución de los problemas del sistema pensional pasan, más que por el recorte de derechos, por la ampliación de la posibilidad de que los ciudadanos tengan una pensión que les garantice un ingreso digno en el retiro laboral.

En este contexto, puede pensarse, incluso, que esta oscilación de la política de seguridad social sea la causa de que la anunciada pero no concretada reforma pensional no haya podido avanzar, dado que las tendencias de reforma al régimen de prima media se mueven también en los dos ejes indicados, sin que aparezca hasta ahora una síntesis que indique las grandes líneas de la misma.

Mientras esto sucede, el sistema pensional actual se percibe con estas características:

- La presencia de un *régimen de ahorro individual* que se fortaleció con la creación del “esquema multifondos” dispuesto por la Ley 1328 de 2009 y que pese a ello registra rentabilidades muy modestas de los fondos de pensiones.
- La existencia de dos dinámicas diferentes en el *régimen de prima media*: de una parte, un “régimen de transición” que llega a su extinción normativa al finalizar el presente año pero que sigue generando debates por los derechos consolidados; y de otro lado, el “régimen pensional unificado” de la Ley 100 y la Ley 797, que se erige como un régimen aplicable a la generalidad de los afiliados que opten por él, sin regímenes especiales ni exceptuados; este es un régimen, además, que comparado con el de la transición, a partir de los recortes radicales de 2003, reconoce pensiones más tarde en la vida del afiliado, con mayor cotización para éste y con cuantía más reducida. Esa doble dinámica constituye el motor de las discusiones administrativas y judiciales entre uno y otro marco normativo al discutir el derecho pensional.
- La expedición de las nuevas normas que se han indicado como de “ampliación de derechos”, no buscan reemplazar el modelo normativo vigente, sino establecer nuevas formas de acceso al ingreso pensional: la pensión familiar, los beneficios económicos periódicos y el mecanismo de protección al cesante tienen en común, precisamente, fortalecer el derecho a un ingreso en la vejez: con la *pensión familiar*, se suman esfuerzos de una pareja que individualmente no tendría derecho pensional pero los aportes de ambos financian una pensión para ese núcleo familiar. Con los *beneficios económicos periódicos* se reencauzan los beneficios de quienes no tienen derecho a pensión (la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos) hacia mecanismos de ahorro subsidiados que provean un ingreso mensual. Finalmente, con el *mecanismo de protección al cesante* se diseña una política global que involucra políticas contra el desempleo junto con posibilidades de ingreso en la vejez, igualmente a través de fomento al ahorro subsidiado.
- Un elemento central a las preocupaciones pensionales, tanto del período anterior como del actual, como ya se dijo, ha sido la *sostenibilidad*: en la reforma constitucional

de 2005, se introduce en el sistema pensional, desde la Carta Política, el principio de la “sostenibilidad financiera” del sistema pensional. Más recientemente, el Acto Legislativo 3 de 2011 introduce en la Constitución el principio de “sostenibilidad fiscal”, que tendrá hondas repercusiones en todos los asuntos financieros estatales incluido por supuesto el sistema pensional.

De este conjunto de caracteres del momento presente del sistema pensional colombiano, hemos elegido efectuar una mirada global de tres aspectos altamente relevantes: el primero es la extinción del régimen de transición pensional y sus efectos; el segundo es el relativo a los nuevos mecanismos complementarios del sistema pensional que amplían los derechos ciudadanos; y el tercero es la sostenibilidad como criterio constitucional, con particular énfasis en la recién introducida “sostenibilidad fiscal”.

1. LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA VIGENCIA PLENA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA DEL SISTEMA PENSIONAL. UN BALANCE GLOBAL

Cuando se aprobó en el Congreso la Ley 100 de 1993, la introducción de un régimen de transición pensional al cual se ingresaba por la vía de la edad (35 o 40 años) y no solamente del tiempo de servicios o cotizaciones (15 años), se estaba aceptando que dicha transición tendría en la práctica veinte años de duración, aunque nadie podía imaginar que ese régimen tendría tantas y tan complejas aristas como las que finalmente registró.

Esos veinte años se cumplen precisamente al final de este año 2014 por lo cual conviene dar una mirada al momento presente del régimen de transición e intentar un balance global de su vigencia. Este análisis necesariamente debe ser breve y esquemático, dado que muchos de los planteamientos y debates jurídicos alrededor del tema han sido desde hace tiempo debatidos por la jurisprudencia de las tres altas Cortes y expuestos por la doctrina, aparte de que muchos de ellos han sido ya superados.

En la perspectiva del tiempo transcurrido hoy puede concluirse con certeza que al país le hubiera ido mucho mejor si se hubiera aceptado esa voluntad legislativa, expresada en la Ley 100, de dejar extinguir el régimen de transición por la vía de respetar la expectativa creada desde el comienzo a los sujetos de ese régimen, que el camino escogido de procurar su desmonte a través de cambios normativos.

Como se recordará, esos cambios se intentaron primero por la vía de reformas legales (Ley 797 de 2003 y Ley 860 de 2003), los que fueron, en su momento, declarados inexequibles por la Corte Constitucional (sentencias C-1056 de 2003 y C-754 de 2004). Ante el fracaso de esa vía, y con un muy negativo mensaje sobre el acatamiento de las decisiones judiciales, el gobierno de la época incluyó el tema del desmonte del régimen de transición en el Acto Legislativo 1 de 2005, el cual dispuso la terminación del mismo, como regla general en 2010 y en forma excepcional en el 2014. En su momento todas esas vicisitudes generaron un grave costo financiero y administrativo, incluido un significativo desgaste legislativo y judicial.

Pese a todo lo anterior, el caso es que desde el punto de vista normativo el régimen de transición pensional llega a su fin. La norma constitucional sobre el particular señala textualmente:

“Parágrafo Transitorio 4°.- El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

Dejando de lado la situación de las personas a las cuales se les extinguió el régimen de transición en el año 2010, el enunciado normativo dispone que el régimen de transición se extingue el 31 de diciembre de 2014 para quienes siendo originalmente sujetos del mismo, tenían 750 semanas de cotizaciones en la fecha de vigencia del Acto Legislativo (29 de julio de 2005) pero no hubieran causado la pensión antes del último día del año 2014. Para este efecto, conforme a la misma norma constitucional, la pensión se entiende causada o adquirida, cuando se cumpla con la edad pensional y el tiempo de servicios o semanas de cotización.

Es claro, en consecuencia, que conforme a la norma constitucional la extinción del régimen de transición el 31 de diciembre de 2014 no supone que con posterioridad a esa fecha no sea posible reconocer una pensión con los beneficios de ese régimen. No es la fecha calendario la que hace perder el régimen de transición si no se ha reclamado o reconocido el derecho pensional, sino el hecho de que en esa fecha no se tengan cumplidos los requisitos mínimos para el derecho a la pensión, es decir, la edad y tiempo de servicios o cotizaciones del régimen anterior cuya aplicación se pretende.

Cabe recordar igualmente cuáles son los *regímenes pensionales anteriores* que señalan las reglas de causación de la pensión: ellos son, principalmente, los siguientes:

- *El régimen del Seguros Social anterior a la Ley 100*, contenido en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS (aprobado por Decreto 758 de 1990), que permite obtener la pensión de vejez con 1000 semanas de cotización (excepcionalmente con 500 semanas) y con la edad pensional de ese régimen (55 años para las mujeres y 60 años para los hombres) y con una cuantía básica del 75% del ingreso base, con posibilidad de mayor porcentaje con cotizaciones superiores al mínimo de 1000 semanas, las que permiten llegar a una cuantía máxima del 90% del ingreso base.
- *El régimen general del sector público*, contenido en la Ley 33 de 1985, en el cual la pensión se causa con 20 años de servicios estatales y con 55 años de edad, con una cuantía única del 75% del promedio de los factores devengados en el último año.
- *El régimen de la pensión de jubilación por aportes*, contenido en la Ley 71 de 1988, aplicable a quienes tienen cotizaciones al Seguro Social pero no cumplen los requisitos de ese régimen de transición, y tienen simultáneamente tiempos de servicios o aportes como servidores públicos pero no cumplen tampoco los requisitos de pensión del régimen del sector público. Este régimen de transición permite sumar los tiempos de permanencia en uno y otro régimen de los indicados y obtener la pensión con 20 años de servicios o cotizaciones y las edades de 55 o 60 años, en cuantía única del 75% de promedio del último año.

Los debates jurisprudenciales y las polémicas entre las Cortes sobre el régimen de transición han sido múltiples a lo largo de estos veinte años. Esto se explica no por el desorden conceptual que muchos le atribuyen a la justicia, sino sencillamente por la dinámica de los intereses en juego, pues detrás de esos debates ha estado, por una parte, el interés de los ciudadanos por acceder a la pensión con las ventajas del régimen de transición y, de otro lado, el punto de vista de las entidades administradoras intentando que se aplique la legislación general que les resulta más favorable desde el punto de vista financiero. En medio de esa tensión están los jueces en general y las Cortes en particular que deben ser los árbitros del asunto, dentro del respeto a la ley, e igualmente con sensibilidades hacia uno u otro punto de vista.

De los debates jurisprudenciales sobre el régimen de transición, en la actualidad subsisten principalmente los siguientes:

- El régimen de transición supone reconocer la pensión con los requisitos de “edad, tiempo y monto” del régimen anterior. Pero simultáneamente se dispuso una regla sobre “ingreso base” de las pensiones de transición. Subsiste el debate sobre el concepto de “monto” y su relación con el “ingreso base” entre la interpretación de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo de Estado. Para la Corte Suprema, la expresión “monto” alude sólo al porcentaje de ingreso base y se debe aplicar el “ingreso base” que señala la norma. Para el Consejo de Estado, la expresión “monto” alude a porcentaje y base, de modo que en las pensiones de transición se aplican conjuntamente los conceptos de porcentaje e ingreso base (por ejemplo en las pensiones del sector público nacional se aplica el 75% del promedio del último año). Una consecuencia de este debate es el de los factores de liquidación de las pensiones del régimen de transición: en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la conjunción de los elementos “monto” e “ingreso base” están también los respectivos factores que integran ese ingreso base.
- Otro importante debate, particularmente en el tema de los factores del ingreso base pensional de las pensiones del sector público, se ha dado al interior del Consejo de Estado con la postura mayoritaria de la Sección Segunda, que definió (en la sentencia del 4 de agosto de 2010) como factores de liquidación de las pensiones todos los de contenido salarial que hayan sido devengados en el último año y no sólo los enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Estos y otros debates jurisprudenciales evidencian una tendencia “natural” con la interpretación del régimen de transición que se vislumbró desde la expedición de la Ley 100: la aplicación del régimen de transición se inició y tiende a su finalización apoyado en posturas jurisprudenciales que admitieron la radicalidad de los cambios pero a partir de la vigencia plena del régimen de la Ley 100, de suerte que por esa misma razón asumieron que las pensiones del régimen de transición constituyen una remisión integral al régimen anterior. No se trata de que la jurisprudencia no haya “respetado la ley”, pues siempre las decisiones jurisprudenciales se basan en las normas constitucionales y legales; lo que ha sucedido es que los criterios interpretativos, ante las ambigüedades normativas que han surgido en el régimen de transición, tienden a proteger los derechos de los beneficiarios del régimen de transición, que hicieron toda su vida laboral con la expectativa de un derecho pensional bajo determinadas reglas, ante la inminencia de la vigencia de un

cambio de reglas (las de Ley 100 y Ley 797) que se estima –y lo es en realidad- muy drástico en la restricción de los derechos pensionales.

Es en este contexto que debe entenderse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre temas como la pérdida y recuperación del régimen de transición, como también las posiciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado frente al reconocimiento de derechos pensionales específicos de los ciudadanos en régimen de transición, incluidas algunas discrepancias interpretativas entre estas Corporaciones.

La evolución que sobre esta tendencia se observa en la posición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también muestran que los cambios de visión jurisprudencial en estos temas no sólo son muy difíciles, sino que la modificación de las posturas suele traer más problemas que soluciones. Al respecto, el cambio más significativo en la posición de la Corte Constitucional ha implicado pasar de un respeto generalizado a los “derechos adquiridos”, a una crítica radical del “derecho viviente” que considera muy relativos estos derechos adquiridos y hace prevalecer otros principios y valores constitucionales como la focalización del gasto público y la sostenibilidad, entre otros.

Para ilustrar esta idea, basta con contrastar lo dicho por la Corte Constitucional en dos sentencias de constitucionalidad: la una es la C-835 de 2003, sobre la normas de la Ley 797 de 2003 (art. 19 y 20) sobre revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente y sobre la acción especial de revisión de pensiones mediante actuación ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado, conforme a sus respectivas competencias. La otra, proferida una década más tarde, es la reciente sentencia C-258 de 2013, donde la Corte Constitucional introdujo sustanciales modificaciones a las reglas de reconocimiento de las pensiones de un régimen de transición específico (el aplicable a los Congresistas y demás servidores públicos asimilados a ese régimen).

En la primera de las sentencias mencionadas, la Corte estimó ajustada a la Carta la norma que faculta a los funcionarios administrativos responsables del pago de pensiones a revocarlas unilateralmente “cuando quiera que existan motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión”, advirtiendo que no puede tratarse –dijo la Corte- de cualquier incumplimiento de requisitos y dejó claramente establecido que cuando el conflicto versa sobre problemas de interpretación del derecho, ; como por ejemplo el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición, o la aplicación de un régimen especial frente a uno general, no es posible

revocar unilateralmente las pensiones, ya que esos litigios deben ser definidos por los jueces competentes.

En la segunda sentencia, proferida diez años después de la anterior, la Corte Constitucional decide que respecto de algunos reconocimientos pensionales que se vienen pagando, debe cuestionar no la constitucionalidad de la existencia del régimen especial *“sino de sus elementos, tal como vienen siendo interpretados en el derecho viviente”*; y además de decidir sobre la exequibilidad de las normas demandadas, procede a dar órdenes administrativas a las entidades pagadoras de las pensiones de ese régimen, entre ellas la orden directa de reducir el monto pensional de las que tenían cuantía superior a 25 salarios mínimos, a partir del 1° de julio de 2013.

El ejemplo se ha traído simplemente para mostrar que los cambios de criterio sobre cómo proceder con las pensiones del régimen de transición, más que solucionar los problemas en forma definitiva, da origen a otros problemas. En el caso de la primera sentencia, la Corte Constitucional fue consciente de que un estado de revisión permanente de las pensiones reconocidas no resulta sano para la sociedad y para el orden jurídico, como tampoco para el respeto a los derechos adquiridos legalmente. En el segundo caso, con una legítima preocupación en torno a los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y sostenibilidad, al ordenar decisiones administrativas sobre pensiones reconocidas y que se vienen pagando bajo criterios legales en su momento válidos, se toman decisiones concretas que en el plano ideal deberían ser definitivas, pero que en la realidad social y humana dan origen a nuevos debates: hasta el momento han surgido incidentes de nulidad de la sentencia de la Corte Constitucional, demandas de tutela contra la Corte o contra las entidades administrativas que redujeron las pensiones, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción contencioso administrativa en las que ya se han proferido sentencias y hay muchas otras en trámite, e incluso reclamación de medidas cautelares ante el sistema interamericano. A su vez, las sentencias de tutela que se profieran podrán resultar contradictorias entre sí y la Corte Constitucional tendrá que revisarlas para efectos de unificación, con el agravante de que habrá otros magistrados y otros conjuces participando en esas decisiones. De nuevo, el problema no son los magistrados, ni las Cortes mismas, ni la defensa o el ataque de privilegios, sino que la vital sensibilidad de los ciudadanos respecto de estos temas hace que en este como en tanto otros problemas, para usar el lenguaje popular, *“el remedio resulta peor que la enfermedad”*, pues es de prever que la solución definitiva de esos asuntos habrá de tomar bastante tiempo.

Para finalizar estas reflexiones sobre la finalización del régimen de transición resulta de interés comentar un aspecto relevante del nuevo marco normativo al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: se trata de la figura, contemplada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, denominada “extensión de jurisprudencia”, dispuesta a cargo del Consejo de Estado. Esta figura consiste, en esencia, en que mediante un procedimiento sumario y ágil se puede solicitar a la Corporación la extensión de los efectos de una sentencia de unificación a otros casos que se encuentren en los mismos supuestos jurídicos y fácticos de la sentencia, sin necesidad de acudir al proceso formal.

Pues bien, de los casos sometidos a la Sección Segunda desde la vigencia del nuevo Código, aproximadamente el 90% se han referido a la sentencia mencionada atrás de los factores de liquidación de las pensiones del régimen de transición del régimen general del sector público. Esto refleja que el régimen de transición, que normativamente está llegando a su fin, registra en la realidad judicial una vitalidad aún muy amplia, dado que múltiples pensionados del sector oficial están acudiendo a este mecanismo para solicitar la aplicación de un criterio jurisprudencial de transición que los favorece.

En contraste con el régimen de transición, el régimen general de Ley 100 y la Ley 797, aplicable a quienes no sean sujetos originales de la transición o que lo pierden conforme a las reglas constitucionales y legales, ofrece un marco normativo en principio unificado y sin regímenes especiales ni exceptuados –salvo la Fuerza Pública y algunos otros regímenes menores-, el cual ostenta las siguientes características generales:

- En primer término, unos requisitos de edad pensional que entraron en vigencia para quienes causen su pensión de vejez a partir de este año 2014: 62 años para los hombres y 57 años para las mujeres.
- En segundo lugar, una exigencia de cotizaciones que viene aumentando cada año desde 2005 y que en 2014 exige un mínimo de 1275 semanas. A partir de 2015 la exigencia será de 1300 semanas mínimas, sin que haya hasta ahora nuevos aumentos en la densidad de cotizaciones.
- De otro lado, la cuantía de la pensión de vejez se reconoce con un drástico contraste conforme al ingreso base, entre el 65% y el 55% en relación inversa con el mismo, de conformidad con la fórmula que dispuso la Ley 797: las pensiones que tienen como ingreso base el equivalente a un salario mínimo tendrán una cuantía de 65% del IBL

mientras que las que tienen un IBL de 21 salarios mínimos o más, tendrán una cuantía del 55% del mencionado ingreso base.

Aunque los aumentos de edad y de semanas mínimas de cotización que dispuso la Ley 100 con respecto al régimen anterior, y la Ley 797 en relación con la Ley 100 parecen relativamente razonables por los cambios demográficos y la necesidad de contribución al sistema, ellos no debieron implicar una reducción de la cuantía de pensión, ni debió ser tan desigual su disminución, pues en conjunto, bajó en forma muy significativa con respecto al poder adquisitivo del pensionado: tomado desde la legislación anterior a la Ley 100, la cuantía bajó entre 10 puntos porcentuales para los de menor ingreso (del 75 al 65%) y 20 puntos porcentuales para los de mayor ingreso (del 75 al 55%).

En conclusión, el resultado de todos estos cambios está a la vista: se privilegió tanto la sostenibilidad y la racionalidad económica que se ha logrado ampliamente el resultado esperado por los promotores de las reformas: ahora el sistema pensional es menos costoso y se reconocen pensiones a menos personas.

La información que suministran algunos análisis recientes confirma lo que aquí se ha afirmado. En un estudio de Ana María Muñoz y Fernando Castillo se señala lo siguiente con respecto a la relación entre las pensiones reconocidas y las negadas en el ISS entre los años 2006 y 2010: “Mientras que las pensiones reconocidas crecieron a una tasa anual del 1.3%, las pensiones negadas en forma automática crecieron al 2.2% anual, las pensiones negadas en forma manual crecieron al 20.96% anual, y las indemnizaciones sustitutivas al 5.22% anual. En forma más simple: está creciendo, en forma alarmante, el número de personas que quedan excluidas de la protección de la seguridad social para el riesgo de vejez. Es un hecho que el incremento de los requisitos de acceso a la pensión se relaciona en forma negativa con el número de pensionados”. El mismo estudio es claro en señalar las razones de esa situación: “en un país donde la cobertura pensional es baja y las oportunidades de empleo formal son escasas, incrementar los requisitos de acceso a la pensión es reducir el número potencial de pensionados”¹.

Es aquí donde la política de seguridad social imperante en el país desde 2010, con el restablecimiento de los dos ministerios, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud y

¹ Muñoz Segura Ana María y Castillo Cadena Fernando: *La pensión familiar en Colombia. ¿Una solución para el déficit pensional colombiano?* En: Revista Latinoamericana de Derecho Social. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. No. 18, Enero-junio de 2014, págs. 59-99.

Protección Social decidió modificar ligeramente el rumbo: crear mecanismos para garantizar algún ingreso pensional a las personas que conforme al marco normativo no puede alcanzar una pensión, a través de algunos mecanismos complementarios del sistema, aunque en forma tímida, dado que se mantiene y se profundiza la preocupación por la sostenibilidad. Estos dos aspectos se analizarán en los dos puntos restantes de este estudio.

2. LOS MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DEL SISTEMA PENSIONAL: LA PENSIÓN FAMILIAR, LOS BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS Y LA PROTECCIÓN AL CESANTE

Como se indicó antes, en la etapa de “reformas estructurales” en la que se encuentra la seguridad social colombiana, a partir del año 2010 es posible percibir una tendencia al fortalecimiento de derechos pensionales, la cual, dentro del un contexto de preocupación por la sostenibilidad del sistema, se ha centrado en fortalecer el propósito económico y social de que la población acceda a beneficios pensionales. Se trata principalmente, como ya se indicó, de la pensión familiar, los beneficios económicos periódicos y el mecanismo de protección al cesante.

A continuación se presenta una breve descripción de cada uno de estas instituciones, tal como han sido establecidos en la legislación, con algunos comentarios críticos sobre los mismos.

a) La pensión familiar

Por su ubicación normativa puede deducirse que la nueva figura de la pensión familiar constituye una modalidad pensional nueva y diferente a las existentes. Por eso la institución se ubicó como un nuevo capítulo del Título relativo a las disposiciones comunes a los regímenes del sistema general de pensiones, a continuación de la última norma del Libro Primero de la Ley 100 de 1993 (artículo 151). La nueva figura, en consecuencia, no deroga ni modifica las reglas básicas del sistema general de pensiones, sino que adiciona dicha ley con seis nuevos artículos (que van del 151A al 151F). De esta particularidad de ubicación resulta una conclusión importante: la pensión de vejez del régimen de prima media y la pensión de vejez del régimen de ahorro individual conservan sus contornos, pero se crea una posibilidad pensional nueva, la pensión familiar, con reglas y caracteres propios, sin afectar la regulación pensional precedente.

La ley definió de modo bastante preciso esta nueva figura jurídica del sistema de seguridad social, en los siguientes términos: la pensión familiar *«es aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993»* (Ley 1580, art. 1°).

Las características más relevantes de la pensión familiar son las siguientes:

a) En primer lugar, se trata de una pensión única, pero que se constituye con los aportes o cotizaciones que han efectuado los dos miembros de una pareja. Por lo tanto, la regulación contempla reglas acerca de la prueba de la convivencia, como también las consecuencias que surgen si se produce la ruptura de la misma.

b) En segundo término, puede señalarse que la creación de esta pensión está acorde con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera: no se trata de una institución creada con criterio paternalista o dadivoso, sino ideada con una lógica racional: desde antes de esta ley resulta claro que si cada uno de los miembros de una pareja cumple requisitos para acceder a una pensión, ambos tienen derecho a obtenerla, sin que sea motivo para negarla que la pareja haya obtenido pensión. Con esta ley se toma en cuenta la situación de los dos miembros de una pareja que han cotizado al sistema pensional y ninguno cumple individualmente requisitos pensionales, pero que sumados los requisitos (de cotizaciones o de capital, según el régimen) se tendría posibilidad de obtener una pensión para los dos. Hay entonces una clara racionalidad financiera en la nueva figura. Esta característica resultará relevante al momento de examinar la constitucionalidad de los requisitos para acceder a esta pensión, particularmente en el régimen de prima media.

c) La ley es clara en señalar que se puede acceder a la pensión familiar en cualquiera de los dos regímenes del sistema, a condición de que los dos miembros de la pareja se encuentren afiliados al mismo régimen: al régimen de prima media o al régimen de ahorro individual. Por eso la regulación establece la suma de requisitos en uno u otro de los regímenes: en prima media se suman las semanas de cotización y en ahorro individual se suman los capitales de las respectivas cuentas individuales de ahorro pensional.

Es importante destacar que respecto del régimen de prima media, hay varias reglas restrictivas de la pensión familiar, que no se dan en el de ahorro individual: una relacionada con el estrato socio económico y otra con el monto de la pensión. Y hay otras dos restricciones que son comunes a los dos regímenes: una es la exigencia mínima de

fidelidad al sistema (cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años el 25% de las semanas requeridas para la pensión de vejez); y la otra alude al número de vínculos de pareja que tenga una persona, pues sólo hay una pensión familiar por cada cónyuge o compañero.

Las restricciones de la pensión familiar del régimen de prima media son específicamente las siguientes:

- Respecto del estrato, la norma dispone: *“Sólo podrán ser beneficiarios de la pensión familiar en el régimen de prima media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente...”*.
- Con relación al monto de la pensión, se dispone que en este régimen la pensión familiar no puede exceder de un salario mínimo.

Desde la expedición de la ley existen serias dudas acerca de la constitucionalidad de estas restricciones. La Corte Constitucional ya resolvió una demanda al respecto y procedió a declararlas exequibles, con las razones que se sintetizan a continuación².

Sobre la primera restricción, anotó la Corte que hay dos argumentos para justificar la constitucionalidad de limitar los beneficiarios de esta pensión: El primero, que responde al argumento del demandante de que la norma provee un trato diferenciado injustificado a dos grupos de afiliados, lo resuelve la Corte señalando que dados los distintos niveles de vulnerabilidad socioeconómica y que “el subsidio estatal implícito que supone la pensión familiar... demanda la adopción de criterios de distribución” hacen que los dos grupos no sean comparables. Agrega la Corte que aun aceptando la comparación, el trato diferenciado, en todo caso, estaría justificado por dos razones: “(i) persigue una finalidad importante de orden constitucional: ampliar la cobertura del sistema de pensiones y favorecer con un subsidio estatal ...a los sectores afiliados...en mayor situación de vulnerabilidad socioeconómica...y (ii) emplea un medio efectivamente conducente para lograr ese objetivo: permitir a las parejas más vulnerables acumular sus semanas de cotización para reclamar una pensión vitalicia que proteja el mínimo vital del núcleo familiar”. El segundo argumento, que responde al cargo de tratamiento diferenciado injustificado entre los dos regímenes en este aspecto de los beneficiarios de la pensión, la Corte concluye que el trato desigual es aparente porque “lo cierto es que tanto en el RAIS como en el RPM, la pensión familiar únicamente favorece a los afiliados en mayor condición de vulnerabilidad socioeconómica”.

² Corte Constitucional, sentencia C-613 de 2013. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Finalmente, sobre la restricción de cuantía de la pensión familiar, que la limita a un salario mínimo en el RPM, la Corte justifica la constitucionalidad de la norma en el hecho de que la baja fidelidad de cotización en este régimen “conlleva un aumento del subsidio estatal implícito”. Más adelante señala que ese mayor nivel de subsidio justifica la cuantía de salario mínimo porque con esa limitación se desarrolla “una finalidad constitucionalmente importante: promover la sostenibilidad del sistema de pensiones, a través de un mecanismo idóneo, pues ciertamente evita que los subsidios estatales crezcan de forma imprevisible”.

A estos argumentos ya se había anticipado el estudio citado de Muñoz y Castillo, pues ellos habían concluido que en esas restricciones hay una contradicción implícita: “se les niega el derecho a la pensión familiar a aquellos que contribuyen más, por encontrarse fuera de los niveles I y II del Sisbén, pero se les otorga dicha pensión a aquellos que han cotizado menos”. Y sobre el argumento del carácter selectivo y focalizado de los subsidios estatales, señalan que esa posible justificación “sólo podría partir del supuesto de que en el régimen de prima media no se subsidian las pensiones. Sin embargo, es claro que en este régimen los subsidios cobijan tanto a las pensiones altas como a las bajas”. Concluyen que sin mucha justificación, la ley de pensión familiar limita sus alcances “generando déficits de seguridad social que ella misma pretende corregir”³.

b) Los beneficios económicos periódicos

Dentro de las reformas al modelo constitucional de la seguridad social, el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución, entre otros aspectos del sistema pensional, haciendo alusión a la cuantía mínima de las pensiones y la posibilidad de recibir beneficios de cuantía aún más reducida. En efecto, la norma constitucional dispuso sobre la cuantía de las pensiones el siguiente criterio general: “*Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente*”. De este modo se elevaba a rango constitucional el criterio existente en la legislación desde la Ley 4° de 1976 respecto de que el límite mínimo de la cuantía de las pensiones es el salario mínimo. Así mismo se cerraba un debate en torno a la posibilidad de que la Constitución autorizara que hubiera beneficios pensionales inferiores al salario mínimo, como lo pretendía la propuesta original del gobierno de la época.

³ Muñoz y Castillo, art. cit., página 86.

No obstante este criterio general sobre la cuantía mínima de las pensiones, la norma constitucional estableció una excepción: *“Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión”*.

Del enunciado constitucional que se acaba de reseñar, es posible desentrañar sus características:

-En primer término, los beneficios económicos periódicos *no constituyen pensiones*, sino beneficios especiales del sistema pensional.

-Los beneficios económicos periódicos, a diferencia de las pensiones, pueden ser *inferiores al salario mínimo*.

-Estos beneficios tienen destinatarios específicos: se darán *a personas de escasos recursos*.

-En la concepción constitucional, los beneficios económicos periódicos constituyen una *solución alternativa para quienes no tengan derecho a una pensión*.

-Finalmente, estos beneficios *deben ser determinados por la ley*, es decir, que hay reserva legal para su establecimiento y sólo a partir de la misma pueden ser objeto de reglamentación.

La Ley 1328 de 2009 fue expedida para dictar normas en materia financiera, de seguros y de mercado de valores; en ella se introdujeron importantes modificaciones al régimen pensional de ahorro individual, al disponer el denominado “esquema multi-fondos”.

Esta ley estableció (art. 87), el marco legal general de los BEPS y los concibe *“como parte de los servicios sociales complementarios”*, en la forma que se explica más adelante. Con el Decreto 604 de 2013 el gobierno nacional procedió a reglamentar el acceso y operación del servicio social complementario de beneficios económicos periódicos, BEPS, regulación que fue parcialmente modificada con el Decreto 2983 de 2013.

En la parte considerativa del Decreto 604 de 2013 se describen los BEPS como *“un servicio social complementario que hace parte del sistema de protección a la vejez y constituye una alternativa para la protección a largo plazo de las personas uniendo el esfuerzo de ahorro que realicen por medio de este mecanismo, con el subsidio o incentivo entregado por parte del Estado, materializándose así los principios de participación y solidaridad”*.

En la reglamentación, los BEPS se definen como *“un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección a la vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual”* (art. 2°).

Para la utilización de los “recursos ahorrados” en el mecanismo de los BEPS, la norma legal (Ley 1328/09, art. 87) y la reglamentación (D. 604/13, art. 12, modificado por el art. 3° del D. 2983/13) permiten las siguientes opciones:

-La contratación de un seguro que le pague el beneficio económico periódico: la norma legal señala que *“con las sumas ahorradas, sus rendimientos, el monto del incentivo obtenido y la indemnización del seguro el ahorrador podrá contratar un seguro que le pague el beneficio económico periódico”*. En la reglamentación se precisa que ese contrato se efectúa con una aseguradora de vida del pago de una anualidad vitalicia pagadera bimestralmente. Esto significa que el pago del beneficio económico periódico se concibe a través del mecanismo de la renta vitalicia: con los recursos indicados, el ahorrador contrata una renta vitalicia que le pague el beneficio económico periódico a la manera de una pensión, pero cada dos meses.

La reglamentación precisa que esta renta vitalicia se contrata *“con cargo a los recursos ahorrados, los rendimientos generados y el subsidio periódico a que haya lugar”*, sin aludir a la confusa referencia de la ley a una *“indemnización del seguro”*. Precisa también el monto máximo de la renta vitalicia contratada, al disponer que *“no podrá superar el 85% de un salario mínimo mensual”* y se ajustará cada año de acuerdo con el IPC del año anterior, de manera que si al contratarla los recursos superan este porcentaje, *“el capital que exceda dicho porcentaje se devolverá al beneficiario...con sus respectivos rendimientos financieros”* (D. 604/13, art. 12, num. 1, modif. por D. 2983/13, art. 3°).

-La utilización de los recursos como garantía para la obtención de créditos para la atención de imprevistos: La norma legal de los BEPS (L. 1328/07, art.87) señala que *“los recurso ahorrados podrán ser utilizados como garantía para la obtención de créditos relacionados con la atención de imprevistos del ahorrador o de su grupo familiar”*, conforme lo defina el reglamento. De la norma se deduce que esta es una opción adicional a la contratación del beneficio económico periódico, en forma similar a la opción que tiene el régimen de ahorro individual, como servicio financiero adicional, de la utilización de los recursos para obtención de créditos. En la reglamentación de los BEPS (D. 604/13) no se hace alusión a esta opción de utilización de los recursos.

-La contratación de seguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte del ahorrador: Indica la norma legal que “también se podrá crear, como parte de los incentivos la contratación de seguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte del ahorrador”. En este caso, el pago del siniestro “se hará efectivo mediante una suma única”. El ahorrador no asume la prima de ese aseguramiento, sino que ella “será asumida por el Fondo de Riesgos Profesionales”. Aquí también cabe entender que este seguro es una opción adicional a la contratación del beneficio económico periódico. La reglamentación (D. 604/13) no se ocupó de esta opción.

-La posibilidad de pagar un inmueble del ahorrador: También se prevé que con el conjunto de los recursos el ahorrador podrá “pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad”. Esta opción es alternativa a la contratación del beneficio económico periódico, es decir, que los recursos se utilizan para una u otra finalidad. La reglamentación señaló que en caso de tomar esta opción la administradora de los BEPS, es decir, Colpensiones debe informar a los beneficiarios los riesgos de esta decisión; y dispuso que en esta opción hace acreedor al beneficiario del subsidio periódico (D. 604/13, art. 12, num. 3, modif. D. 2983/13, art. 3°).

-La solicitud de devolución en un pago único: Esta opción fue contemplada en la reglamentación, al señalar que el beneficiario puede “solicitar la devolución de la suma ahorrada en un único pago, evento en el cual no se hará acreedor al subsidio periódico”; la norma agrega que la administradora debe informar al beneficiario los riesgos de esta decisión (D. 604/13, art. 12, num. 2, modif. D. 2983/13, art. 3°).

-El traslado de los recursos al sistema general de pensiones: La reglamentación contempló, finalmente, que el beneficiario puede “trasladar los recursos al sistema general de pensiones”, caso en el cual se advierte que el beneficiario “no podrá obtener un doble subsidio de Estado”, sin precisar los alcances de esa expresión. La norma se remite para estos efectos al Capítulo VII del decreto, que regula la relación entre los BEPS y el sistema pensional.

Vista de conjunto, la regulación de los beneficios económicos periódicos –BEPS– establecida en la Constitución, en la Ley 1328 de 2009 y en los decretos 604 y 2983 de 2013, sugiere algunas reflexiones sobre sus propósitos, alcances y limitaciones.

Lo primero que llama la atención en esta regulación es que busca fomentar una cultura de ahorro para la vejez dirigida a los sectores que trabajan en la informalidad y no están en posibilidad real de efectuar la cotización pensional corriente. Ese fomento se hace a través

del mecanismo de los incentivos, que se financiarán con cargo al presupuesto general, esto es, como gasto público social.

En ese contexto, resulta valiosa la coexistencia del mecanismo con otros programas sociales gubernamentales, como igualmente es positiva la relación entre los BEPS y el sistema pensional, pues muchos sectores de población situados en la informalidad, tienen también períodos de cotización pensional normal. Entonces, cuando la persona tiene trabajo formal, efectúa cotizaciones al sistema pensional, y cuando no lo tiene, puede hacer esfuerzos de ahorro más modestos pero incentivados con apoyos oficiales. Al llegar a la vejez, podrá obtener su pensión con las cotizaciones efectuadas o completándola con los recursos ahorrados en el mecanismo BEPS.

De otro lado, cabe señalar que la cultura de ahorro que se deriva del mecanismo de los BEPS, que resulta positiva en sí misma, tiene un aspecto menos llamativo con respecto a la existencia de los regímenes pensionales vigentes en Colombia. Este aspecto consiste en que el mecanismo promueve una mentalidad que ve el sistema pensional exclusivamente como un mecanismo de ahorro, en perjuicio de una visión más amplia de las pensiones como un sistema de aseguramiento público con responsabilidades estatales. Con otras palabras, con este tipo de mecanismos –que se reitera son valiosos en sí mismos- en cierta manera se “invisibiliza” el aseguramiento público pensional, en beneficio de mecanismos de simple ahorro, donde el aporte estatal no está en el fortalecimiento de ese aseguramiento, sino en simples incentivos individuales.

De todas maneras, y en conjunto, la creación de los BEPS es socialmente valiosa, aunque la utilización de un lenguaje tecnocrático de esta legislación va a dificultar su divulgación masiva.

c) El mecanismo de protección al cesante

La expedición de la Ley 1636 de 2013, *“por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia”*, constituye un hito relevante para la seguridad social del país, por cuanto a través de ella se establece, por primera vez, una política integral de protección frente al desempleo desde el punto de vista de las políticas dirigidas al trabajador cesante.

Con otras palabras, no se trata del establecimiento de políticas de fomento al empleo, que constituyen preocupación económica y social de largo alcance en toda la planeación

gubernamental y que ha caracterizado a todos los gobiernos por lo menos en los últimos cincuenta años, sino de algo adicional a tales políticas. En efecto, estos nuevos mecanismos se orientan a proteger al trabajador cesante, no con beneficios aislados y parciales, sino como una política global de beneficios monetarios, orientación del mercado laboral, capacitación y aseguramiento del desempleo.

Desde luego, todavía hay falencias y la protección es aún precaria en el nuevo instrumento normativo. Pero indudablemente esta ley abre la puerta a políticas que pueden llegar a ser muy efectivas en la protección del trabajador cesante, de modo que si estas se profundizan y amplían, el sistema de seguridad social contará en el futuro con efectivos mecanismos de protección contra el desempleo como contingencia individual y social.

La protección al cesante establecida en la Ley 1636 tiene como finalidad *“la articulación y ejecución de un sistema integral de políticas activas y pasivas de mitigación de los efectos del desempleo”* y también *“facilitar la reinserción de la población cesante en el mercado laboral en condiciones de dignidad, mejoramiento de la calidad de vida, permanencia y formalización”* (art. 1°).

Este mecanismo se diseña bajo los principios constitucionales y legales de la seguridad social y se fijan en la Ley 1636 nociones específicas con respecto a los principios de solidaridad, eficiencia, sostenibilidad, participación y obligatoriedad (art. 4°).

La ley fija un amplio campo de aplicación al señalar que tienen acceso a los mecanismos de protección al cesante todos los trabajadores independientes o dependientes de los sectores público y privado, sin importar la forma de vinculación laboral, siempre que realicen aportes a las cajas de compensación familiar. El tiempo mínimo de aportes se fija en forma diferencial: en los últimos tres años se requiere haber realizado aportes por lo menos durante un año, si se trata de trabajadores dependientes, y dos años de aportes en el caso de los trabajadores dependientes (art. 3°).

Este último aspecto, el de los aportes, define dos de las características relevantes del mecanismo de protección al cesante: de una parte, la protección opera a partir de un esfuerzo y exigencia de ahorro personal; y, de otro lado, dicho aporte debe hacerse a una caja de compensación familiar, dado que estas entidades del sistema de seguridad social, además de administrar el subsidio familiar, tienen también la misión de administrar, junto con un fondo denominado el FOSFEC, uno de los mecanismos del sistema de protección al cesante, cual es el otorgamiento de beneficios económicos a la población cesante.

El mecanismo de protección a cesante, como se ha indicado, comprende un conjunto de actividades orientadas a ofrecer protección específica a los trabajadores cesantes.

Específicamente está compuesto por cinco aspectos: los cuatro primeros se mencionan en el artículo 2° y el quinto en el artículo 45 de la Ley 1636.

Tales componentes son los siguientes: 1) El Servicio Público de Empleo y sus mecanismos conexos; 2) el Fondo de Solidaridad de Fomento del Empleo y Protección al Cesante - FOSFEC y los beneficios que otorga a la población cesante; 3) la capacitación general en competencias básicas y en competencias laborales específicas; 4) las cuentas de cesantías de los trabajadores; y 5) el aseguramiento voluntario de seguros de desempleo.

Los *beneficios específicos* que contempla el mecanismo, a través del FOSFEC, se pagarán por un tiempo máximo de seis (6) meses y son los siguientes (L. 1636/13, art. 12):

- *Los aportes a los sistemas de salud y pensiones:* Están previstos para los trabajadores dependientes o independientes que cumplan con el requisito de aportar a cajas de compensación familiar. En este caso, el trabajador cesante recibirá como beneficio los aportes al sistema de salud y al sistema de pensiones, calculado sobre un salario mínimo mensual legal vigente. Se prevé, además, que el cesante puede, voluntariamente y con cargo a sus propios recursos, cotizar al sistema pensional por una base superior, lo que hace suponer que en todo caso la base de un salario mínimo siempre será subsidiada al cesante.
- *La cuota monetaria del subsidio familiar:* El trabajador cesante también tendrá acceso a la cuota monetaria del subsidio familiar, pero la ley no fija las condiciones sino que estas fueron deferidas a lo que reglamente el gobierno nacional.
- *El beneficio monetario:* El trabajador cesante que aporte a caja de compensación y además haya ahorrado en el mecanismo de protección al cesante, podrá recibir como beneficio monetario “*un valor proporcional al monto del ahorro alcanzado, con cargo al FOSFEC*”.

Otro de los componentes del mecanismo de protección al cesante es la denominada *capacitación en competencias básicas y competencias laborales específicas*. La Ley 1636/13 prevé que dicha capacitación será brindada por el SENA, las cajas de compensación familiar o las instituciones de formación para el trabajo certificadas en calidad (art. 2°, num. 2).

En otra norma (art. 40) se modifica la Ley 789 de 2002 sobre “capacitación para reinserción laboral” para disponer que de las contribuciones parafiscales destinadas al SENA, esa entidad debe destinar el 25% de los recursos que reciba por tales aportes, “para la capacitación de la población desempleada”, es decir para capacitación para la inserción

laboral. Esta capacitación es definida así en la ley: “La capacitación para la inserción laboral es el proceso de aprendizaje que se organiza y ejecuta con el fin de preparar, desarrollar y complementar las capacidades de las personas para el desempeño de funciones específicas. El aprendizaje se basa en la práctica y habilita al aprendiz para el desempeño de una ocupación, su diseño es modular y basado en competencias laborales” (art. 41). La norma agrega (Parágrafo) que estos programas de capacitación “obedecerán a lineamientos de pertinencia, oportunidad cobertura y calidad” que establezca el Ministerio de Trabajo.

En cuanto a los *oferentes del servicio* para la inserción laboral la ley (art. 42) establece que podrán serlo el SENA, las instituciones de formación para el trabajo y el desarrollo humano, las cajas de compensación familiar y las *unidades vocacionales de aprendizaje en empresas*, que son definidas en la ley como “el mecanismo dentro de las empresas que busca desarrollar capacidades para el desempeño laboral en la organización mediante procesos internos de formación” (art. 42, par.).

Se dispone, finalmente, que para facilitar y fortalecer la inserción laboral, las personas podrán obtener certificación de competencia laboral, conforme lo defina el Ministerio de Trabajo (art. 43).

El mecanismo de protección al cesante ha tenido varias reglamentaciones. Primero se expidió el Decreto 722 de 2013, el cual fue derogado y sustituido por el Decreto 2852 de 2013, que contiene la reglamentación general del Servicio Público de Empleo y del régimen de prestaciones del mecanismo de protección al cesante. Adicionalmente, el Decreto 135 de 2014 desarrolla el esquema de ahorro voluntario de cesantías para trabajadores dependientes e independientes y establece el beneficio monetario proporcional correspondiente.

El balance de estos nuevos mecanismos es en general positivo. Se ha indicado, sin embargo, que tendrían más efectividad si se hubieran asignado a los mismos un componente de recursos fiscales, y es de esperarse que su puesta en marcha fortalezca este aspecto de la seguridad social⁴.

⁴ Para un balance global del mecanismo de protección al cesante puede consultarse: Cortés González, Juan Carlos: *Mecanismo de protección al cesante y servicio de empleo en Colombia*. Legis Editores S. A., Bogotá, 2014.

3. UN EJE CENTRAL DE LAS PREOCUPACIONES PENSIONALES: LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y SUS LÍMITES

Con el Acto Legislativo 1 de 2005, se introdujo en el país en relación con las pensiones el criterio de la *“sostenibilidad financiera”*. En este aspecto, la modificación al artículo 48 de la Constitución consistió en disponer dos reglas específicas:

- La primera de tales reglas dispuso que el Estado garantiza entre otros, *“la sostenibilidad financiera del sistema pensional”*, es decir, que se establece la garantía de que el sistema pensional tendrá siempre los recursos que se requieran, con criterio de racionalidad.
- En segundo lugar, la Constitución señaló sobre este aspecto lo siguiente *“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”*. Este es un mandato constitucional hacia adelante: cada vez que se legisle en materia pensional, la legislación debe prever los recursos que requerirán las nuevas normas.

En la más reciente interpretación de la Corte Constitucional sobre el tema, (sentencia C-258 de 2013), la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones fue una preocupación transversal a las reformas que introdujo el Acto Legislativo 1 de 2005. *“Ella motivó –dice la Corte- la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados. El establecimiento expreso de que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de que las leyes futuras deben guiarse por ese criterio, además buscó prevenir la práctica de creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras”*. La sentencia agrega que el criterio de la sostenibilidad financiera, en conjunto con los demás principios de la seguridad social, ha justificado la constitucionalidad de normas como la obligatoriedad de la afiliación al sistema de pensiones, la limitación temporal del régimen de transición, como también la existencia de requisitos estrictos para regresar al régimen de prima media de las personas próximas a reunir los requisitos pensionales.

A lo anterior debe adicionarse la idea de que, aparte de los contenidos normativos del Acto Legislativo 1 de 2005, los recortes radicales al marco legal de la Ley 100 de 1993 que fueron introducidos al régimen de prima media por la Ley 797 de 2003 en buena medida se inspiraron en la idea de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues, como

también lo anotó la Corte Constitucional, de ello se venía hablando en el país desde antes de la mencionada reforma constitucional de 2005.

En el más reciente momento de la evolución de nuestra seguridad social, aparece en nuestro derecho constitucional otro ángulo de la sostenibilidad: se trata del principio de la “sostenibilidad fiscal”.

En efecto, con la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 2011 se incluyó en la Constitución Política el denominado “*principio de la sostenibilidad fiscal*” y se creó un trámite judicial llamado “incidente de impacto fiscal”. Posteriormente se expidió una ley que regula el procedimiento del incidente. Conviene examinar por separado los diversos aspectos de la sostenibilidad fiscal, dado que el asunto, si bien no es un elemento específico del modelo constitucional de la seguridad social, sí constituye un aspecto transversal de la temática económica constitucional, en la cual pueden figurar aspectos relativos a la seguridad social y a las decisiones judiciales en esta materia.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional⁵, aunque la sostenibilidad fiscal no es un concepto unívoco, las diversas definiciones se centran en la idea de que “*los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficits fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica*”. Luego de citar descripciones de diversos analistas económicos, la Corte concluye sobre este concepto lo siguiente: “*Según lo expuesto, se tiene que el criterio de sostenibilidad fiscal está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen*”.

El nuevo principio constitucional de la sostenibilidad fiscal se situó en la Constitución dentro del título relativo al modelo económico y de hacienda pública. Dicho título comprende un capítulo de disposiciones generales (arts. 332 a 338) el cual establece, entre otros asuntos, la propiedad estatal del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; la libertad de la actividad económica dentro de los límites del bien común; la libre competencia económica como derecho que supone responsabilidades; la función social de la empresa; la dirección estatal general de la economía; la intervención estatal en la actividad económica; etc.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese contexto, en el citado capítulo de las disposiciones generales, en primer término se modificó el artículo relativo al modelo económico colombiano (art. 334) que consagra la dirección general de la economía a cargo del Estado. Dentro de los fines del modelo y la racionalización económica, que buscan el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, se agregó en la norma constitucional que todo ello se debe buscar *“en un marco de sostenibilidad fiscal”*, y se agregó lo siguiente:

“Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”.

Para la Corte Constitucional, el objetivo de la introducción del marco de sostenibilidad fiscal en esta norma, *“vincula a la sostenibilidad fiscal con los fines esenciales del Estado y, en suma, con la cláusula del Estado social y democrático de derecho”*, lo cual *“tiene efectos definitivos para la interpretación sistemática de la sostenibilidad fiscal”*. En la misma sentencia, la Corte introduce un detallado análisis para demostrar que el Acto Legislativo que introdujo la sostenibilidad fiscal en la Constitución *“contiene diversas cautelas, unívocamente dirigidas a determinar que el criterio de sostenibilidad fiscal es un instrumento subordinado al logro de los fines propios del Estado social y democrático de derecho, entre los que encuentra lugar central la protección de los derechos fundamentales”*. En ese contexto, *“el gasto público social tiene carácter prioritario, de manera que la sostenibilidad fiscal no podrá servir de base para posponer su ejecución. Quiere esto decir que aquellas partidas dedicadas a la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, ...no podrán verse afectadas por la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal, pues ello significaría que ese gasto dejaría de ser prioritario, contrariándose con ello el mandato constitucional previsto por el Acto Legislativo mencionado”*.

En segundo lugar, el Acto Legislativo modificó una norma del capítulo segundo de ese título sobre régimen económico y hacienda pública, que se destina en la Constitución a los planes de desarrollo (arts. 339 a 344). En la norma sobre el plan nacional de desarrollo (art. 339) se modificó el primer inciso, que dispone la obligatoriedad del plan y sus componentes, para señalar que uno de ellos, el plan de inversiones públicas, debe ser elaborado *“dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”*.

Por último, en el tercer capítulo del título de la Carta que se viene analizando, relativo al presupuesto (arts. 345 a 355), se modificó también el primer inciso de la norma que alude al presupuesto de rentas y ley de apropiaciones (art. 346), para señalar que dicho

presupuesto “deberá elaborarse, presentarse y aprobarse *dentro de un marco de sostenibilidad fiscal* y corresponder al plan nacional de desarrollo”.

Conforme lo explica la Corte Constitucional, en la sentencia que se viene comentando, con estas dos normas, *“el Acto Legislativo incorpora dos reglas que integran el principio o criterio de sostenibilidad fiscal al ámbito presupuestal y de planeación que regula la Carta Política”*. Y agrega más adelante: *“En ese orden de ideas se tiene que el Congreso otorgó carácter operativo al criterio de sostenibilidad fiscal, a través de la inclusión de dos procedimientos críticos de intervención del Estado en la economía, como son la elaboración del plan nacional de desarrollo y el presupuesto general de la Nación. Se trata, por ende, de una regulación instrumental que otorga eficacia material a la sostenibilidad fiscal”*.

El principio de sostenibilidad fiscal, en la modificación constitucional del Acto Legislativo 3 de 2011, no se limitó a las competencias del Congreso y de la administración pública en el plan de desarrollo y en la elaboración del presupuesto, sino que, como ya se vio al comienzo del aparte anterior, se concibió como un elemento del modelo económico general del Estado colombiano.

En ese contexto, la norma constitucional dispuso, como tercer inciso del artículo 334 de la Carta Política lo siguiente:

“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”.

Es en este punto donde se vincula el principio de sostenibilidad fiscal con las funciones de la rama judicial. En efecto, con estos criterios constitucionales, también las decisiones de la rama judicial deben tomar en cuenta la sostenibilidad fiscal, lo cual pretende vincular constitucionalmente a la rama judicial a los conceptos del análisis económico del derecho.

La Constitución creó un incidente judicial especial, contenido en el inciso final del artículo 334 en los siguientes términos:

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrá solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la

misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo.- Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Los elementos normativos del nuevo incidente de impacto fiscal en la Constitución, de conformidad con el texto que se acaba de transcribir, son los siguientes:

En primer lugar, el incidente sólo puede proponerse respecto de sentencias de las máximas corporaciones judiciales, es decir, frente a sentencias de la Corte Constitucional, como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, específicamente en materia de tutela; del Consejo de Estado, en cuanto tribunal supremo de lo contencioso administrativo; o de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación. Cabe también referir la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior se explica dado que las decisiones de los demás órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al igual que los de la jurisdicción ordinaria son susceptibles de recursos extraordinarios ante los respectivos órganos de cierre.

De otro lado, el incidente tiene solicitante calificado: sólo puede interponerlo el Procurador General o un ministro. Es de suponer, como ocurre con otras instancias excepcionales de revisión, que las entidades descentralizadas demandadas en los procesos en los que se pretenda deben contar para estos efectos con el apoyo del titular de la cartera ministerial a la cual están adscritas o vinculadas, o por intermedio del Procurador, pero no pueden acudir directamente a interponer el incidente.

Las altas cortes tienen frente a la proposición del incidente reglas precisas: deben tramitarlo obligatoriamente, si se reúnen los requisitos constitucionales; deben también oír las explicaciones sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, obviamente con participación de los intervinientes en el proceso que dio origen, y respetando los principios procesales de rango constitucional, como el acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa y el debido proceso; y finalmente, deben decidir sobre la modulación, la modificación o la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia.

Aparte de esas reglas procesales, las decisiones que se profieran por las altas cortes en el trámite del incidente de impacto fiscal tienen un norte conceptual específico relacionado con los derechos fundamentales: no pueden negar su protección efectiva, no pueden

restringir su alcance, ni pueden menoscabar tales derechos, especialmente en su núcleo esencial.

En su momento se discutió el punto de si el incidente de impacto fiscal podía tramitarse a pesar de que no se hubiera expedido la ley que lo regula. Correspondió al Consejo de Estado abordar dicho debate, y la corporación concluyó que tal trámite sí era posible. En sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de mayo de 2013⁶, la corporación aceptó abrir el trámite del incidente de impacto fiscal respecto de una sentencia dictada por la Sección Tercera, y sostuvo mayoritariamente que para la aplicación del incidente “no es imprescindible que el legislador desarrolle previamente la materia”, mientras la norma constitucional disponga los elementos mínimos para su aplicación, como ocurre en este caso.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado señaló las principales características del incidente de impacto fiscal en la Constitución. Entre ellas precisó la Sala que *“la solicitud que presenten los funcionarios competentes debe satisfacer unos requisitos mínimos, entre ellos –el más importante–, la verificación de que, en realidad, la sentencia produce un impacto fiscal negativo”*, lo cual significa que los funcionarios habilitados *“no pueden formular y menos trasladar a las altas cortes solicitudes que carecen de respaldo suficiente que acredite que se está ante los supuestos del artículo 334 de la Constitución Política”*.

Agrega el auto del Consejo de Estado una consideración muy relevante respecto a los alcances de esta figura: *“No obstante, la jurisdicción debe tener claro que este principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar la justicia ya impartida, cuando se trata de obtener el pago de la condena impuesta a las entidades estatales, pues esta alta Corte no perderá de vista que tan importante como el fisco es la justicia, y que so pretexto de lograr el equilibrio económico no se sacrificará el derecho, sobre el cual se debe construir no solo la economía sino también otros sectores que conforman a la sociedad”*. También exploró la corporación el asunto de la naturaleza jurídica de este incidente, dado que *“casi todos los incidentes que existen se tramitan al interior del mismo proceso judicial, es decir, antes de que se dicte la sentencia que resuelve el conflicto”*, mientras que el nuevo incidente constitucional *“se tramita con posterioridad a una sentencia de revisión, o a una sentencia de segunda o de única instancia, que dicta una alta corte, es decir, que existe cosa juzgada, pero se puede adelantar un trámite judicial adicional –algo exótico en el derechos*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Rad. IJ-25000-23-26-000-00002-04). CP Enrique Gil Botero.

procesal convencional- para regular el impacto fiscal que producirá en la entidad estatal condenada”.

La Corte Constitucional, por su parte, en la sentencia que se mencionó antes (C-288/13), examinó los alcances del incidente de impacto fiscal a la luz del llamado juicio de sustitución de la Constitución, esto es, examinó si la figura introducida por el Acto Legislativo 3 de 2011 afectaba elementos estructurales de la Constitución de 1991 o si se avenía a ellos. En ese juicio, la Corte fue muy amplia en su estudio y señaló con claridad que, conforme a la norma constitucional, *“aunque las autoridades judiciales están llamadas a tener en cuenta el criterio orientador de sostenibilidad fiscal, ello no significa que estén obligadas a plantear un estudio detallado sobre las implicaciones fiscales de sus fallos, entre otras razones porque ello excedería los límites de sus competencias constitucionales. Explica más adelante la Corte que el procedimiento del incidente de impacto fiscal “parte de la base que i) las decisiones que protegen derechos constitucionales son inmodificables, pues de lo contrario se afectaría tanto el valor de la cosa juzgada como la independencia judicial; y ii) que son los efectos de la sentencia los que son susceptibles de análisis en el incidente de impacto fiscal, siempre dentro de un marco de cumplimiento de los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho”.* Y sobre el carácter potestativo que se deriva de la expresión *“se decidirá si procede”*, la Corte infiere varias conclusiones: *“i) que lo que es obligatorio es el trámite del incidente, en las condiciones fijadas por la Constitución; ii) que la alta corte correspondiente tiene la competencia para evaluar si modifica, modula o difiere los efectos de la decisión, lo que significa el ejercicio de una potestad judicial autónoma, sin que pueda predicarse que el incidente obliga a adoptar una decisión particular en algún sentido. Esto significa, por supuesto, la posibilidad válida que la alta corte decida mantener inalterada la orden dada para asegurar la protección de los derechos; iii) que las opciones de decisión que ofrece el incidente de impacto fiscal se restringen a los efectos del fallo de que se trata, sin que pueda extenderse a la sentencia en sí misma considerada, la cual permanece amparada por los efectos de la cosa juzgada y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento. Por ende, ni los potenciales promotores del incidente ni los jueces podrán revertir el sentido de la decisión sino a lo sumo requerir y decidir, respectivamente, la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la misma”.* Así, la Corte Constitucional concluyó que no existen razones que permitan inferir que el incidente de impacto fiscal sustituya los principios de separación de poderes y de autonomía e independencia judicial.

Como puede observarse de este recuento de la jurisprudencia constitucional de la sostenibilidad fiscal, el principio exige interpretaciones armónicas con el conjunto de la

Constitución y no de forma aislada, teniendo en consideración no sólo su consagración constitucional sino analizándolo de la mano con la prelación del gasto público social.

Finalmente, debe explicarse que el Congreso expidió la Ley 1695 de 2013, por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política en relación con los aspectos procesales del incidente de impacto fiscal.

REFLEXIONES FINALES

De todo lo expuesto en este análisis pueden resultar las siguientes reflexiones de conjunto en torno al presente del sistema pensional colombiano en relación con la finalización del régimen de transición, los nuevos mecanismos de protección y la existencia de principios constitucionales relativos a la sostenibilidad, tanto financiera como de orden fiscal.

- El régimen de transición pensional, tal como fue establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, originó el más complejo debate interpretativo del sistema pensional colombiano, por el contraste entre los intereses de los afiliados y los propios de las entidades administradoras. Aunque el año 2014 marca la finalización legal del régimen de transición pensional, es un hecho que esos debates mantienen su vigencia, dado que aún están en trámite y surgirán reclamaciones judiciales sobre la aplicación de dicho régimen.
- Desde otro punto de vista, con el régimen de transición se presenta un notable contraste entre la cuantía de las pensiones amparadas por ese régimen y las que se reconocen con las normas de régimen general actual. Los estudios demuestran que las reglas establecidas en 2003 con la Ley 797 han implicado una disminución real del número de pensionados. Cuando desaparezca plenamente la transición y sólo haya pensiones del régimen general, habrá disminuido notablemente el nivel de vida de los pensionados colombianos.
- Si bien la sostenibilidad constituye un horizonte legítimo de análisis acerca de la racionalidad que debe tener un sistema pensional, dentro de la misma sostenibilidad otros rumbos son posibles para la política de seguridad social: eso es lo que se ha intentado, aunque tímidamente, con el establecimiento de mecanismos que abordan la preocupación por el ingreso de los ciudadanos en el momento del retiro laboral o de la pérdida del empleo. La pensión familiar, la regulación de los beneficios económicos periódicos y el mecanismo de protección al cesante apuntan en la dirección indicada.

- Finalmente, en el orden constitucional colombiano la sostenibilidad registra actualmente una doble faceta: la sostenibilidad financiera, dispuesta específicamente para el sistema pensional, y la sostenibilidad fiscal predicable del conjunto de la política económica y con posibles implicaciones en el gasto en seguridad social. Los matices que ha introducido la jurisprudencia a estos nuevos criterios procuran evitar que a nombre de la sostenibilidad se afecte la prioridad del gasto público social y se disminuya arbitrariamente la protección de la seguridad social.
-