

**PROBLEMÁTICAS QUE ANTECEDEN A LA NECESIDAD DE LA
IMPLEMENTACION DE UNA REFORMA PENSIONAL SUSTENTABLE
TECNICAMENTE Y PROTECTORA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

CAMILO ANDRÉS BERNAL BERMEO

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL**

CHIA, CUNDINAMARCA

2012

**PROBLEMÁTICAS QUE ANTECEDEN A LA NECESIDAD DE LA
IMPLEMENTACION DE UNA REFORMA PENSIONAL SUSTENTABLE
TECNICAMENTE Y PROTECTORA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

CAMILO ANDRÉS BERNAL BERMEO

ENSAYO JURIDICO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA

ASESOR RODRIGO ALBERTO CASTILLO SARMIENTO

DOCENTE INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM

ESPECIALIZACIÓN EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL

CHIA, CUNDINAMARCA

2012

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	4
1. BREVES ANTECEDENTES LEGALES, CONSTITUCIONALES E HISTORICOS DEL TEMA PENSIONAL EN COLOMBIA HASTA LA EXPEDICION DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.....	6
2. PROBLEMÁTICA DE LA EXTENSION DE BENEFICIOS PENSIONALES ESPECIALES Y CON POSTERIORIDAD AL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.....	16
3. CONCLUSIONES.....	22
4. BIBLIOGRAFIA.....	23
5. INDICE DE FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIA.....	24

INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo 01 de 2005 incorporo Constitucionalmente medidas para corregir el desequilibrio financiero del sistema pensional Colombiano, revisando los temas que han ocasionado el mayor perjuicio financiero al mismo, como es la expedición de normas sin sustento económico, la extensión en el tiempo de regímenes especiales, exceptuados y convencionales, la inclusión de factores salariales sobre los cuales efectivamente no se efectuaron cotizaciones, el número de mesadas pensionales percibidas en el año, las excepciones al límite del monto de las pensiones, y la dificultad de las autoridades para efectuar la revisión de las pensiones reconocidas de forma irregular mediante un procedimiento expedito.

Esta gran reforma trascendente social y económicamente persigue la estabilidad financiera del sistema, aunque manifiestamente insuficiente para corregir la problemática futura presentada a partir del Acto Legislativo y finalmente con posterioridad al año 2014, con la terminación de regimenes diferentes al general y excepcionado únicamente, el del Presidente de la República y las FF.MM y de Policía y de los cuales se plantean grandes interrogantes a futuro debido al incremento de estas instituciones y el desconocimiento técnico del costo futuro que representan.

Se presentan nuevos retos como la creación de una única entidad encargada de la dirección del régimen de prima media Colpensiones y una entidad con la tarea de normalizar las entidades del sector suprimidas o liquidadas y vigilar el tema parafiscal la UGPP, además de lo anterior y tal vez el interrogante más importante el reconocimiento de forma masiva de prestaciones por medio del sistema de capitalización individual.

Es el Acto Legislativo 01 de 2005 una verdadera reforma técnica al aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, o nos encontramos en el momento histórico de prever los riesgos latentes y anticiparnos a través de una reforma estructural que asegure la cobertura, el financiamiento, la unidad normativa, la reglamentación del sistema, fundamentado en el ahorro, sin sacrificar las fortalezas de nuestro derecho a la seguridad social, con una clara dirección estatal y aun amplio espíritu proteccionista.

1. BREVES ANTECEDENTES LEGALES, CONSTITUCIONALES E HISTORICOS DEL TEMA PENSIONAL EN COLOMBIA HASTA LA EXPEDICION DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

La Seguridad Social, es sin duda una de las grandes conquistas sociales del hombre en el siglo XX, nuestra Constitución Política de 1991 lo establece como 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 Ley¹...”, y no obstante la limitación financiera e insuficiencia administrativa que a todas luces soporta garantizó “...a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social²...”.

Es así como fundamentalmente la seguridad social y en especial el sistema pensional ha sido materia de regulación, entre otras como se estableció en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, la cual en su artículo 16 menciona:

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia³.

Así mismo la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama en su Art. 22:

1 Artículo 48 Constitución Política de 1991

2 *Ibidem*

3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” y en el Art. 25 ...”tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad⁴.”

Con anterioridad al Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, el país contaba con una serie de instituciones, normas y procedimientos implementados a mediados del siglo XX, principalmente en una etapa que se puede denominar de formación o creación y que abarcan desde la expedición de la Ley 6 de 1945, (adelantada legislación sobre pensión de jubilación) hasta la entrada en funcionamiento de los riesgos de IVM en el antiguo ICSS⁵ hacia 1967; en este periodo se establecieron distintas instituciones con diversas fuentes de financiamiento siendo el Estado el principal de estas a través de las cajas de previsión *“alcanzando cerca de 169 entidades municipales, 25 departamentales, una distrital y nueve nacionales. Estas cajas carecen de un sistema técnico adecuado para la financiación de riesgos; no tienen estimativos o cálculos actuariales sobre los pagos por pensiones en curso o adquiridas⁶”* entre estas Cajanal⁷ y Caprecom⁸, así como la creación de una única entidad para el sector privado el ICSS o actualmente ISS para asumir las obligaciones sobre jubilación que se encontraban a cargo de empleadores conforme el Código Sustantivo del Trabajo⁹ y de los nuevos trabajadores particulares que se vincularan a esta,

4 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

5 Ley 90 de 1946 artículo 8, actualmente Instituto de Seguros Sociales.

6 AYALA, Ulpiano, Introducción a la seguridad social y a los seguros sociales, En ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 69, ED Legis, 2011

7 Ley 6 de 1945 artículo 1, 2 s.s.

8 Ley 82 de 1912

9 Artículo 260 y s.s

Esta organización administrativa segmentada realizó avances pero lejos estaría de alcanzar la universalidad y eficacia para la protección de la población trabajadora y su grupo familiar, para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, es así como el profesor Gerardo Arenas Monsalve en su libro El derecho colombiano de la seguridad social¹⁰ destaca el informe de la misión del empleo conocido como CHENERY de la década de los ochenta el cual subrayó las siguientes características: “1. El sistema de seguridad social es disperso y protege de manera incompleta los riesgos sociales. 2. El sistema tiene muy baja cobertura y adolece de múltiples inequidades internas, pues es extremadamente desigual para distintos segmentos de la población trabajadora. 3. El sistema adolece de muy complejos problemas financieros¹¹”.

Esta desorganización regulatoria de la seguridad social pensional la haría accesible únicamente a unos grupos restringidos; si el fin, era el reconocimiento de una prestación que asegurara el bienestar del núcleo familiar como contraprestación al ahorro preservado, de manera universal para cualquier trabajador en Colombia, lejos se estaría de cumplir el anterior precepto.

Lo anterior teniendo en cuenta que el mismo en su desarrollo dependía de muchos factores que constituían una frontera que excluiría al grueso de las personas para ingresar al sistema de seguridad social en pensiones o incluso de mantenerse por temas económicos, de educación o de cultura de prevención y ahorro.

Las instituciones y procedimientos implementados fueron el reflejo de la improvisación estatal en materia pensional, la dispersión del sistema por la naturaleza jurídica de las mismas entidades, en lo que el profesor Younes Moreno

10 ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 48, ED Legis, 2011

11 Revista Economía Colombiana, serie documentos, separata N° 10, contraloría General de la República, Bogotá, 1986.

menciona como *“descentralización funcional, denominada también descentralización técnica o por servicios¹²”* otorgando *“competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada”* no fue una medida exitosa, coadyuvo, las políticas asistencialistas y cortoplacistas, la corrupción, el manejo conveniente de los beneficios para con unos grupos políticamente importantes o estratégicamente valiosos.

Esta improvisación fue notable con respecto a las cajas de previsión, como la Caja Nacional de Previsión Social para los servidores públicos del orden nacional y las cajas departamentales y municipales para los de orden territorial, no se elaboraron estudios técnicos, desde un principio la garantía de las prestaciones que se reconocían era eminentemente estatal, en un estudio del actuario suizo Paul Schwab menciona *“el balance de la Caja nacional de Previsión en 1953 arrojaba ya un pasivo pensional superior a los 500 millones de pesos¹³”* panorama claro si se tiene en cuenta que ni siquiera se tenía un dato real de los afiliados, lo que imposibilitaba la realización de estudios que respaldaran la relación entre gastos e ingresos para la atención de las obligaciones futuras,

Con respecto al ISS; se proyectaron estudios actuariales, además de una organización administrativa para concebir un sistema que gradualmente fuera ampliando su cobertura, el ISS inicio para los riesgos de IVM en 1967, financiados con los aportes o cotizaciones de los trabajadores y los empleadores además de una provisión de recursos a cargo del Estado, y sin embargo la desatención en la importancia de la provisión de estos recursos generaría de igual forma un déficit para la atención de las obligaciones futuras.

12 YOUNES MORENO, Diego, Curso de Derecho Administrativo, Bogotá, Pág. 14, ED Temis, 1997

13 Arenas Monsalve, Ob. cit., Pág. 76

Este tema se explica en el estudio “Elementos para el debate sobre una nueva reforma pensional en Colombia” realizada por funcionarios del Departamento Nacional de Planeación en el 2001 de la siguiente manera: *“El Decreto 3041 de 1966 estableció un régimen financiero de Prima Media Escalonada con aportes tripartitos (Estado, patrón y afiliado), ninguna de estas dos características (escalonamiento y aportes tripartitos) se cumplió en el ISS. En efecto, se había programado que entre 1967 y 1971 la tasa de cotización sería de 6% y en los quinquenios siguientes aumentaría tres puntos, para llegar a una tarifa permanente de 22% en 1992. Pero en la realidad la tasa efectiva fue de 4.5% hasta 1985 y de 6.5% hasta 1993, por efecto de la eliminación legal de los aportes del Estado, el incumplimiento de los incrementos planeados y la evasión por parte de muchos empleadores (Ayala, 1992; Rodríguez, 1992)”*

Esta provisión a cargo del Estado no se realizó, ni tampoco se decretó el aumento del porcentaje de cotización conforme a las recomendaciones realizadas, lo que generó el desajuste fiscal que hoy en día conocemos.

Con estos graves antecedentes surge la Ley 100 de 1993 que estableció un sistema dual compuesto por dos regímenes solidarios pero excluyentes entre sí, el régimen de prima media con prestación definida dirigido por el ISS y el de ahorro individual con solidaridad a cargo de los fondos privados de pensiones y basado en un sistema de capitalización individual, eliminando regímenes especiales o exceptuados, unificando en dos únicos criterios el sistema pensional colombiano.

No obstante, y teniendo en cuenta el sistema garantista de la Seguridad social de su progresividad de implementación, de la teoría de derechos adquiridos y la expectativa legítima de derechos, el legislador contempló un régimen de transición, en el cual mantenía vigencia en el tiempo para los regímenes anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Entre estos el Decreto 758 de 1990 para afiliados al ISS, regimenes especiales de servidores públicos, como el de la Ley 33 de 1985, el de funcionarios de la Rama judicial y Ministerio Público, de la Contraloría General de la República, Registraduría General de la Nación y normas convencionales entre muchos otros.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró una transición normativa que respeto el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión del régimen de vinculación anterior, para las personas que al entrar en vigencia el sistema, cumplieran con 35 años de edad en el caso de las mujeres y 40 años de edad de los hombres o 15 años de servicios¹⁴.

Posteriormente la Sentencia C-754 de 2004 declaro inexecutable el artículo 4 de la Ley 860 de 2003 que modifico el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual buscaba limitar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2008 y a partir de esta fecha únicamente respetar la edad para pensionarse establecida en el régimen anterior, la corte a pesar de declarar la inexecutable principalmente por vicios de forma, también se pronuncio sobre la viabilidad de limitar una expectativa legitima de un derecho de transición, modificando la línea jurisprudencial sobre derechos adquiridos¹⁵ otorgándole esta calidad a un precepto de transición normativa, cuando la teoría lo otorgaba únicamente para derechos consolidados:

“no se vulnera el artículo 58 de la Constitución cuando una disposición legal permite que quienes no han adquirido el derecho a la pensión, pero se encontraron temporalmente dentro del régimen de transición, renuncien voluntariamente a él (..)”;

14 En la Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995 la Corte Constitucional se pronuncio sobre el inciso segundo y tercero que mencionaban las condiciones y la forma de liquidar declarándolo executable

15 Artículo 58 Constitución Política de Colombia

pero que no obstante quienes aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo, no pueden perder “las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión”; por ello la Corte consideró que establecido el régimen de transición, el legislador no podría “de manera heterónoma, desconocer la expectativa legítima de quienes están incluidos en él”¹⁶. Y concluye lo siguiente: “Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición, únicamente modifica meras expectativas-, esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, - que es lo que se discute en relación con el artículo 4º de la Ley 860-, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas”¹⁷ es en este sentido que se otorgo el carácter de derecho adquirido el cumplimiento de requisitos de una normatividad de transición.

Con estos antecedentes legales ampliamente proteccionistas y el creciente desarrollo económico de las últimas décadas, se incrementó la cobertura del sistema pensional, se estima que para el año 2012 *“el régimen de prima media tiene 975.000 pensionados, cuenta con más de 6,4 millones afiliados, pero de estos solo 1,9 millones están activos. La afiliación de todos ellos pasara desde abril a la nueva entidad: Colpensiones”*¹⁸ en este sentido la afiliación al régimen de ahorro individual ocupa un punto importante del total de afiliados incluso mayor que en el régimen de prima media contando al año 2010 con cerca de 8.847.776 de afiliados y 4.839.007 cotizantes activos como lo enseña el siguiente grafico:

16 Sentencia C -754 DE 2004 M.P ALVARO TAFUR GALVIS

17 Ibidem

18 www.revista.dinero.com, Publicación del 15 de febrero de 2012 artículo “Más de 118.000 personas se trasladaron a cotizar al ISS”

Afiliados Sistema de Pensiones 2008 – 2009			
Régimen	31 de Diciembre de 2008		
	Cotizantes	No Cotizantes	Total
Prima Media	1.971.307	4.256.078	6.227.385
Ahorro Individual	3.840.103	4.728.171	8.568.274
Total Afiliados al Sistema	5.811.410	8.984.249	14.795.659
Régimen 31 de Diciembre de 2009			
Prima Media	1.978.641	4.449.824	6.428.465
Ahorro Individual	3.987.104	4.754.552	8.741.656
Total Afiliados al Sistema	5.965.745	9.204.376	15.170.121
Régimen 31 de Marzo de 2010			
Prima Media	1.776.818	4.695.121	6.471.939
Ahorro Individual	4.008.769	4.839.007	8.847.776
Total Afiliados al Sistema	5.785.587	9.534.128	15.319.715

Fuente: Superintendencia Financiera - DANE¹⁹

Con este panorama se implementaron reformas contundentes con el fin de lograr un equilibrio financiero, como la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, este último menciona con carácter Constitucional la exigencia al legislador de expedir “...leyes en materia pensional... que aseguren la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas...”²⁰

No obstante lo anterior, la dispersión regulatoria, el costo fiscal y la falta de previsión del pasado no han permitido conseguir el equilibrio económico entre el ahorro y los compromisos fiscales para el pago de pensiones.

Lo anterior principalmente por la subsistencia de Regímenes de excepción²¹, especiales vía transición²² legales y convencionales²³, que permiten la aplicación de condiciones más favorables por fuera de la normatividad contemplada en el

19 Informe de Actividades 2009-2010 Ministerio de la Protección Social

20 Artículo 1 Acto Legislativo 01 de 2005

21 Artículo 279 Ley 100 de 1993

22 Artículo 36 Ley 100 de 1993

23 Artículo 259 y ss. Código Sustantivo del Trabajo

Sistema General de Pensiones, dichos regimenes se implementaron como *“ideas dadivosas y caritativas, junto con la preocupación por preservar la dignidad personal de lo sujetos de pensiones²⁴”* siendo la incipiente formación de nuestro sistema una fragmentada legislación del tema pensional como consecuencia de la lucha de los trabajadores asociados, la importancia de los miembros de la Fuerza Pública, los docentes del servicio oficial, los servidores públicos, la dignidad del cargo de Presidente de la Republica, entre otros, concibiéndose *“mas como una forma de conservar un status socio – económico que como una forma masiva para alcanzar beneficios para todas las capas sociales²⁵”* y a excepción del Seguro Social, que si tenia un carácter técnico sustentado para el financiamiento de los riesgos, soportado en una base de ingresos tripartita empleado, empleador y Estado, pero que en la cual históricamente no se atendió su estructura de financiamiento como lo mencionamos anteriormente.

Ante la gran dificultad de establecer una reforma legal, se expide la reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual termina con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalado una transición a la finalización y por su importancia se transcribe en forma textual:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo²⁶".

"Parágrafo transitorio 4o. 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,

24 ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 63, ED Legis, 2011

25 Ibídem

26 Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1 Inc 7.

tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen²⁷".

De esta forma el Acto Legislativo persigue la sostenibilidad financiera del sistema además de la unificación de los requisitos y beneficios a los establecidos únicamente en el Sistema General de Pensiones y con excepción para los miembros de la Fuerza Pública y el Presidente de la República exclusivamente.

27 Ibidem

2. PROBLEMÁTICA DE LA EXTENSION DE BENEFICIOS PENSIONALES ESPECIALES Y CON POSTERIORIDAD AL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

Sin lugar a dudas la extensión en el tiempo de privilegios pensionales a pesar de no contar con las garantías financieras ha sido amplia y generosa por parte del legislador.

El alto costo del sostenimiento de estos regímenes y el desequilibrio entre el ahorro y la carga de la nomina de pensionados, ha tenido que ser asumida por el Estado, por su carácter asistencial y no técnico, pues en materia pensional el cumplimiento de requisitos jurídicos o status jurídico de pensionado, que no es otra cosa que *“la causación”* y *“ ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y cotizaciones exigidos normativamente²⁸”* para el caso de la vejez, de la estructuración de la incapacidad en la invalidez, la muerte en la sobrevivencia, se configuran como Derechos adquiridos²⁹ teoría ampliamente asentada por la Corte Constitucional tal cual como lo enseña la Sentencia C-926 de 2000 M.P Carlos Gaviria Díaz, de la siguiente manera:

“Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley

28 Revista Dikaion, El retroactivo pensional y la desafiliación al sistema general de pensiones en Colombia, ROMÁN BUSTAMANTE, Álvaro Diego, volumen 15, Pág., 452, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2006

29 Sobre la Doctrina de los Derechos Adquiridos véase Sentencias: sentencia C-147 de 1997 M.P Antonio Barrera Carbonell, C-058 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

anterior³⁰ Y resalta la Sentencia C 789 de 2002 M.P Antonio Barrera Carbonell de la siguiente manera: *“Derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona³¹ .”*

En ese sentido y ante la necesidad de reformar o reconstituir políticas consecuentes con las necesidades de un sistema financieramente sostenible las nuevas leyes se promulgan para tener efectos futuros, sin embargo se regulan situaciones acaecidas que no constituyen derechos adquiridos y se denominan “meras expectativas” sobre el particular la corte constitucional advierte de la siguiente manera:

“La jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador³²”

Y si bien la temporalidad de la Ley y los derechos adquiridos en vigencia de estas son piedra angular del Estado de Derecho, también es cierto que la autoridad constituyente y legislativa ostenta la potestad configurativa para regular situaciones pasadas constituidas como meras expectativas.

30 Corte Constitucional Sentencia C-926 de 2000 M.P Carlos Gaviria Díaz

31 Corte Constitucional sentencia C-789 de 2002 M.P Antonio Barrera Carbonell

32 Corte Constitucional sentencia C-168 de 1995 M.P Carlos Gaviria Díaz

En este sentido tenemos otro gran protagonista en la consolidación y conformación del sistema pensional Colombiano, la jurisprudencia, es decir, la aplicación material del derecho, la facultad del operador jurídico soportado en el precedente judicial³³ y su ejercicio propio intelectual, (conocido como la doctrina del derecho viviente),³⁴ para determinar el alcance de las disposiciones constitucionales y legales, y acoger la interpretación, si ésta tiene una orientación dominante y consolidada, como entendimiento viviente de la norma frente al hecho controvertido.

El principal desafío es la puja entre la progresividad de la Seguridad Social como derecho y el hecho técnico que se basa en amparar las contingencias provenientes de la vejez, invalidez y muerte, con el cubrimiento exclusivo de la consolidación de una prima, el ahorro del afiliado y no con la asistencia pública o estatal.

Y es el problema jurídico que se plantea, la dicotomía entre la técnica del seguro y la protección especial Constitucional a la vejez, la discapacidad y la familia; los protagonistas, el legislador en su sabiduría como el encargado de regular la conformación del régimen pensional y también el operador jurídico en ejercicio de su función legal.

Surge una discusión que no es pacífica entre los principales actores que participan en la dirección, regulación y control del sistema pensional y aunque no es presente, si tiene efectos económicos para las finanzas públicas, esto es, la fecha

33 Doctrina Constitucional Ley 153 de 1887, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia constitucionalidad –083 de 1995, T 123 DE 1995, SU 047 DE 1999 Magistrados Carlos Gaviria Díaz y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

34 Sobre la doctrina del derecho viviente ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Bogotá, ED Uniandes-Legis, 2000 entre otras, las sentencias C-557 de 2001, C-955 de 2001, C-875 de 2003, C-901 de 2003 y C-459 de 2004.

exacta de terminación de las prerrogativas establecidas en el régimen de transición, cuando se encuentra incurso en el mismo y se cuenta con 750 semanas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y surge de la incipiente redacción del mismo que ordena “*se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*”.

La discusión se planteo como un problema de interpretación y se centra en el vocablo “hasta el año 2014”; si el mismo es incluyente, esto es, termina el 31 de diciembre de 2014 o excluyente y marca el limite, es decir, terminaría el 31 de diciembre de 2013, en este sentido la interpretación del texto por su ambivalencia, ha sido motivo de distintos pronunciamientos entre estos, el los ministerios de Hacienda y Crédito Público de Protección Social y de la procuraduría General de la Nación entre otros.

Sobre el particular la Dirección de Regulación Económica y de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social expedieron concepto conjunto dirigido a los Presidentes y Directores de La Administradoras del Régimen de Prima media; y analizado el alcance del termino según el diccionario de la Lengua Española, la exposición de motivos del acto legislativo, la voluntad del constituyente y otros aspectos de carácter legal, concluyeron que *“La intención tanto del Legislador al expedir la Ley 100 de 1993, como la del Constituyente al promulgar el Acto Legislativo 01 de 2005, fue la de que el régimen de transición se extinguiera a partir del 01 de enero de 2014 y no a partir del 31 de diciembre de ese año, que se corrobora con lo expuesto por los Representantes a la Cámara y Senadores que participaron en el trámite legislativo que concluyo con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciono el artículo 48 de la Constitución Política*³⁵”

35 Concepto conjunto Ministerio de Hacienda y Ministerio de Protección Social Vigencia del Régimen de transición – Ley 100 de 1993

Fundamentando y concluyendo lo siguientes: *“La expresión “hasta” de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española es una preposición que denota el término de tiempo, lugares, acciones o cantidades... ()...“Así las cosas, es claro que el Constituyente delegado, al establecer como término máximo para que se extinga el régimen de transición “hasta el año 2014”, previó que a partir del momento en que se iniciara dicha anualidad, se termina el régimen de transición, pues de lo contrario sobrepasara el límite impuesto³⁶”*

El concepto de los ministerios de igual forma cito algunas intervenciones de los congresistas durante los debates del proyecto del Acto Legislativo que fundamentaron su pronunciamiento.

No obstante lo anterior y como respuesta a la expedición del anterior concepto la Procuraduría General de la Nación expidió la circular 048 del 29 de septiembre de 2010, dirigida a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, y a los servidores que tengan a cargo el manejo del Régimen de Prima Media en el que *“solicita acatar la presente circular y adoptar de inmediato las medidas de corrección de criterios, frente al párrafo transitorio N - 4 del Acto legislativo 01 de 2005, toda vez que de aplicarse el termino conforme a los conceptos citados, se estaría frente a una interpretación irregular del mismo y por consiguiente se violarían derechos fundamentales de los afiliados a regímenes pensionales cobijados por dicha transición; el párrafo 4º del acto legislativo 01 de 2005 indica, según los citados antecedentes, que el régimen de transición se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014³⁷”*

Analizados los pronunciamientos encontramos un análisis similar que da validez a ambas interpretaciones, debiendo ser la jurisprudencia la que determinaría la concreción de la interpretación acogiendo la que tenga una orientación dominante

36 Ibídem

37 Circular 048 del 29 de septiembre de 2010 Procuraduría general de la Nación

y consolidada, en su función de clarificar temas oscuros, confusos o ambivalentes, con el fin de preservar la seguridad jurídica base de un sistema moderno.

Esa interpretación en la que el operador jurídico, es juez y sujeto de los beneficios pensionales mas amplios y limitados por el acto legislativo contiene un amplio contenido social y político pues *“si bien el magistrado judicial es juez del caso concreto, ello no debe conducir a que sea ciego en relación con los posibles efectos o consecuencias que puede acarrear su sentencia para el conjunto de la comunidad”*³⁸ lo anterior para no olvidar la característica principal de un sistema pensional que es su carácter técnico, pues los riesgos se financian con la provisión de una prima, y la afectación de esta provisión afecta la sostenibilidad del mismo, y citando el ensayo de Walter Carnota sobre la labor interpretativa del juez y la valoración del derechos como salvaguarda de la constitución y de la Ley pero *“sin caer en los unidimensionalismos en que ha incurrido el enfoque de “Law and Economics”, entendemos que el dato económico no puede ser desdeñado ni ignorado”*³⁹

Con base en lo anterior y sin desestimar el impacto fiscal de extender dichos beneficios hasta el 31 de diciembre de 2014, los antecedentes indican que posición contraria a esta, ocasionaría conflictos judiciales que resultarían más costosos para el Estado en su defensa.

Pero a partir de dicha terminación se plantean grandes interrogantes sobre el futuro del sistema y para evitar la práctica de imponer la carga financiera a las futuras generaciones y no precaverla por medio del ahorro y la capitalización del mismo, es sustentable aun una reforma integral al sistema.

38 Revista Dikaion, Los problemas económicos y La constitución: una relación difícil pero necesaria, Walter F. Carnota, volumen 16, Pág. 221, Universidad de la Sabana, Chía, 2007

39 Ibídem

Temas como los primeros reconocimientos prestacionales en el régimen de ahorro individual y el desconocimiento sobre sus alcances, esencialmente por ser un sistema de capitalización sujeto a la variabilidad de la economía, que puede colisionar con derechos ampliamente protegidos, como la figura de la garantía de pensión mínima; el costo futuro del régimen de las FFMM y de policía del cual se desconoce en la actualidad por carecer de estudios técnicos y actuariales y que con la difícil situación de orden público del país tiende a crecer, por la vinculación de nuevos hombres en estas instituciones; la creación de una entidad que concentra la dirección del RPM como Colpensiones y la dispersión de la normatividad por los problemas financieros de la actualidad.

3. CONCLUSIONES

En la actualidad el déficit fiscal del sistema pensional causado por los beneficios prestacionales mencionados anteriormente es trascendente a su terminación y si bien por la protección constitucional y legal debemos asumirlo, merece un nuevo modelo económico que sea paliativo a la carga futura que asumirían los afiliados de las próximas generaciones.

La segmentación legislativa causada por la intención de subsanar las principales causas del desequilibrio financiero, constituye en si una limitación al desarrollo del sistema en el futuro, un estatuto único o centralizado armonizaría y clarificaría la consecución de los fines propios del sistema.

Si bien la discusión actual se centra en los regimenes de transición, en este punto la discusión eminente, debería enfocarse en los riesgos de las instituciones con vocación de continuidad, como el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, el fortalecimiento y liderazgo de una única entidad en el régimen de prima media, la dispersión normativa y la continuidad del régimen de las FF.MM y de Policía.

Únicamente una reforma integral y con la anuencia de todos los sectores, podrá concebir un sistema pensional que sea fuente de ahorro para el país, asegurando que la misma no repita situaciones del pasado, como nos menciona el profesor Arenas Monsalve *“pretenden aportar alivios al déficit fiscal originado en las pensiones, pero han contribuido a aumentar el drama pensional”*⁴⁰.

40 ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 151, 152, ED Legis, 2011

4. BIBLIOGRAFIA

ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 63, ED Legis, 2011

Informe de Actividades 2009-2010 al Congreso de la Republica Ministerio de la Protección Social

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Bogotá, ED Uniandes-Legis, 2000, P, 55.

Revista Economía Colombiana, serie documentos, separata N^a 10, contraloría General de la República, Bogotá, 1986.

Revista Díkaion, El retroactivo pensional y la desafiliación al sistema general de pensiones en Colombia, ROMÁN BUSTAMANTE, Álvaro Diego, volumen 15, Pág. 452, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2006

Revista Díkaion, Los problemas económicos y La constitución: una relación difícil pero necesaria, Walter F. Carnota, volumen 16, Pág. 221, Universidad de la Sabana, Chía, 2007

Revista Dinero, en www.revista.dinero.com

YOUNES MORENO, Diego, Curso de Derecho Administrativo, Bogotá, Pág. 14, ED Temis, 1997

INDICE DE FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de 1991

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

Concepto conjunto Ministerio de Hacienda y Ministerio de Protección Social
Vigencia del Régimen de transición – Ley 100 de 1993

Circular 048 del 29 de septiembre de 2010 Procuraduría general de la Nación

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-168 de 1995 M.P Carlos Gaviria Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T - 123 DE 1995, SU 047 DE 1999 M.P
Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C –083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-147 de 1997 M.P Antonio Barrera
Carbonell,

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-926 de 2000 M.P Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional Sentencia sentencias C-557 de 2001, C-955 de 2001, C-875
de 2003, C-901 de 2003 y C-459 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 789 de 2002 M.P Antonio Barrera
Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-058 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL sentencias C -754 DE 2004 M.P Álvaro Tafur Galvis

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	Especialización en Seguros y Seguridad Social
2	TÍTULO DEL PROYECTO	PROBLEMÁTICAS QUE ANTECEDEN A LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACION DE UNA REFORMA PENSIONAL SUSTENTABLE TECNICAMENTE Y PROTECTORA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
3	AUTOR(es)	Bernal Bermeo Camilo Andrés
4	AÑO Y MES	2012 Marzo
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	Castillo Sarmiento Rodrigo Alberto

6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>El Acto Legislativo 01 de 2005 incorporo Constitucionalmente medidas para corregir el desequilibrio financiero del sistema pensional Colombiano, revisando los temas que han ocasionado el mayor perjuicio financiero al mismo, como es la expedición de normas sin sustento económico, la extensión en el tiempo de regímenes especiales, exceptuados y convencionales, entre otros, pero a partir de esta reforma se presentan nuevos retos en el régimen de prima media y en el de ahorro individual con el reconocimiento en forma masiva de prestaciones por parte de los fondos privados, la dispersión normativa y el déficit fiscal fundamentan el establecimiento de un estatuto único o centralizado que armonizaría y clarificaría la consecución de los fines propios del sistema.</p> <p>Legislative Act 01 of 2005 incorporated Constitutionally, arrival to correct the financial imbalance of the Colombian pensions system, reviewing the facts that have caused the greatest financial loss to the country, such as the issuance of laws without financial and legal support, the extension in time of special rates, exempt and conventional, among others, but from this reform presents new challenges in the half premium rate and the individual savings</p>
7	PALABRAS CLAVES	Sistema, legislación, deficit, reforma,pensiones
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Seguridad Social, Sistema pensional
9	TIPO DE ESTUDIO	Ensayo Jurídico
10	OBJETIVO GENERAL	plantear la necesidad de una reforma pensional en Colombia
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	Analizar antecedentes del sistema pensional colombiano, conocer la problemática del sistema actual, conocer los fundamentos de una reforma pensional.
12	RESUMEN GENERAL	<p>Actualmente en el país se plantean grandes interrogantes sobre el futuro pensional, principalmente por el desgaste financiero que ha provocado en las finanzas estatales, en razón a lo anterior se han insistentes modificaciones que pretenden aliviar económicamente el mismo, de estas reformas la más importante desde la expedición de la Ley 100 de 1993, es el Acto Legislativo 01 de 2005, que enfrento una de las causas mas importantes de esta problemática y es la trascendencia en el tiempo de beneficios pensionales anteriores al sistema general creado en 1993 y de los cuales si bien han sido parte del desarrollo de nuestro sistema jurídico especialmente en el campo de la Seguridad social, es normatividad expedida sin sustento económico.</p> <p>La intención de corregir esta situación genero una segmentación jurídica del sistema, además de una continua lucha entre la sostenibilidad del mismo y los derechos consagrados constitucionalmente y desarrollados ampliamente de forma legal.</p>

13	CONCLUSIONES.	<p>1. En la actualidad el déficit fiscal del sistema pensional causado por los beneficios prestacionales mencionados anteriormente es trascendente a su terminación y si bien por la protección constitucional y legal debemos asumirlo, merece un nuevo modelo económico que sea paliativo a la carga futura que asumirían los afiliados de las próximas generaciones.</p> <p>2. La segmentación legislativa causada por la intención de subsanar las principales causas del desequilibrio financiero, constituye en si una limitación al desarrollo del sistema en el futuro, un estatuto único o centralizado armonizaría y clarificaría la consecución de los fines propios del sistema.</p> <p>3. Si bien la discusión actual se centra en los regimenes de transición, en este punto la discusión eminente, debería enfocarse en los riesgos de las instituciones con vocación de continuidad, como el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, el fortalecimiento y liderazgo de una única entidad en el régimen de prima media, la dispersión normativa y la continuidad del régimen de las FF.MM y de Policía.</p> <p>4. Únicamente una reforma integral y con la anuencia de todos los sectores, podrá concebir un sistema pensional</p>
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>ARENAS MONSALVE, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Pág. 63, ED Legis, 2011</p> <p>Informe de Actividades 2009-2010 al Congreso de la Republica Ministerio de la Protección Social</p> <p>LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Bogotá, ED Uniandes-Legis, 2000, P, 55.</p> <p>Revista Economía Colombiana, serie documentos, separata Nª 10, contraloría General de la República, Bogotá, 1986.</p> <p>Revista Díkaion, El retroactivo pensional y la desafiliación al sistema general de pensiones en Colombia, ROMÁN BUSTAMANTE, Álvaro Diego, volumen 15, Pág. 452, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2006</p> <p>Revista Dikaion, Los problemas económicos y La constitución: una relación difícil pero necesaria, Walter F. Carnota, volumen 16, Pág. 221, Universidad de la Sabana, Chía, 2007</p> <p>Revista Dinero, en www.revista.dinero.com</p> <p>YOUNES MORENO, Diego, Curso de Derecho Administrativo, Bogotá, Pág. 14, ED Temis, 1997</p> <p>Constitución Política de 1991</p> <p>Declaración Universal de los Derechos Humanos.</p> <p>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.</p> <p>Concepto conjunto Ministerio de Hacienda y Ministerio de Protección Social Vigencia del Régimen de transición –</p>

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación: Castillo Sarmiento Rodrigo Alberto

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA