

**LA SOLIDARIDAD ECONOMICA PRESTACIONAL COMO ELEMENTO
INTEGRADOR DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL MODELO
PENSIONAL COLOMBIANO**

AUTOR

HUGO ALEJANDRO RUIZ ARIZA

Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la
Universidad Santo Tomás

DIRECTORA DOCENTE

DRA. RUTH BASTIDAS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2017**

INTRODUCCION

En Colombia, uno de los principales escenarios que amerita el debate en las prácticas jurídicas y doctrinales, es sin duda es la seguridad social en pensiones. Desde hace varios lustros se ha puesto en debate la efectividad del sistema pensional colombiano que ha recorrido un trasegar no muy grato en el recuerdo de la población, generándose así en las dinámicas jurídicas todo un conjunto de regulaciones, conceptos y normas que históricamente dieron génesis, contrario a lo que se pretendió, un magnifico desorden no solo normativo y conceptual si no también estructural que afectó a miles de personas en todo el país.

A raíz de ello, desde la promulgación tanto de la Constitución Política de 1991 como de la Ley 100 y de sus innumerables normas reformativas además de la abundante jurisprudencia que las autoridades judiciales, (en especial los órganos de cierre: Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia) configuran un escenario de análisis para nada homogéneo, en el que se detectan pocas fortalezas y muchos desequilibrios, que afectan a todos los involucrados en la práctica pensional colombiana.

El interés de este proceso es, precisamente, los desequilibrios. El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es por antonomasia el concepto asociado a pensión en Colombia, el cual es administrado por el Estado, partiendo de una a priori básica premisa: A lo largo del trasegar laboral de un trabajador, este aporta una parte de su salario a un fondo común para que se constituya en un ahorro que represente un ingreso mensual para cuando se halle imposibilitado de trabajar por alguno de los riesgos establecidos en la ley: vejez, invalidez o muerte del aportante. No obstante, y es una realidad palpable, muchos de los aportes provienen de personas que ganan un salario mínimo o un tanto más, estos aportes no siempre significaran un reparto equitativo entre ahorro y sustento de otras pensiones que son pagaderas; las pensiones millonarias, las prestaciones obtenidas de manera fraudulenta, y aquellas que sin el lleno de los requisitos legales son concedidas vía acción de tutela a cierta población, son nutridas en gran medida por los aportes hechos de trabajadores asalariados mínimamente, los aportantes con sueldos de más de seis o siete cifras aportan una cantidad apenas mayor que no hace la diferencia.

Estos son pues, los desequilibrios del sistema pensional colombiano, múltiplemente denunciados por distintos actores: autoridades Judiciales, autoridades Administrativas y particulares, sin que se halle una solución a alguno de ellos.

El Instituto de Seguros Sociales-ISS fue desde su creación en la década de los años 60 hasta el año 2012, la entidad encargada de administrar el Régimen de Prima Media (a la par del sistema de salud). Sin embargo, la corrupción, las malas prácticas administrativas, las decisiones judiciales agresivas que derivaban de las aquellas y el riesgo inminente de caída del régimen impulsaron su liquidación, siendo reemplazada por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que desde septiembre de 2012 ha cargado con una herencia de varios años de mal proceder del seguro Social hasta lograr un punto de relativa estabilidad a día de hoy, institucionalmente hablando.

Sin embargo, los desequilibrios no desaparecen, porque son propios del régimen de prima media-Legal, no de las entidades que le administran. La incorporación paulatina de la regla fiscal en el sistema pensional no obedece a criterios utilitaristas, fue y es una necesidad improrrogable alcanzar una solidez financiera y fiscal, ya que de eso depende que en el futuro los aportantes menores no financien las pensiones mas altas y que sea esto una función de los grandes cotizantes a la seguridad social, es un tema de eficacia jurídica, justicia y equidad. Entonces la situación problemica radica en la ineficacia de las disposiciones jurídicas del sistema de seguridad social en tanto que el principio de sostenibilidad fiscal no es compatible con el actuar administrativo y judicial de reconocimiento de prestaciones económicas elevada, lo que afecta el equilibrio pensional entre los aportantes de las clases trabajadoras y los beneficiarios de pensiones onerosas

La sostenibilidad financiera en la seguridad social (aquí se tratara como el objeto de investigación), como principio constitucional del Sistema de Seguridad Social Integral, no debe comprenderse como una directriz encaminada a proteger a las instituciones, sino para procurar el equilibrio entre aportes y prestaciones, un desequilibrio que sin duda afecta a los contribuyentes, ya que escenarios como estos son los que impulsan las regresiones en el derecho a la seguridad social (aumento de semanas de cotización, aumentos de la edad, aumento del aporte indistinto para quienes pueden aportar más con los que aportan solo lo que les es permitido por recibir un salario mínimo o un tanto más) y afectan a toda la población cotizante al sistema

Por lo tanto, es necesario desde las prácticas académicas, jurídicas e innegablemente legales corregir los desequilibrios que afectan la sostenibilidad fiscal del sistema pensional y así mismo el derecho progresivo a la seguridad social de los contribuyentes.

El artículo avanza en un exhaustivo análisis para proponer soluciones a las causas del desequilibrio pensional entre aportantes y receptores de pensiones vía acción de tutela, siendo importante primero analizar las causas que originan decisiones de tutela que conceden prestaciones sociales a personas que no tienen derecho a recibirlas, Contrastar las posiciones judiciales entre protección de derechos constitucionales (colofón para otorgar prestaciones) y la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones y determinar el impacto de dichas decisiones a mediano y largo plazo para los involucrados

PALABRAS CLAVES: Acción de tutela, Estado, Jueces, Pensionado, Pensión de Invalidez, Seguridad Social, Sostenibilidad Financiera, Pensión de Vejez.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Una vez detectados los problemas estructurales del régimen pensional colombiano en la época contemporánea, las dificultades que el principio de sostenibilidad fiscal y financiera en su función de ser directriz, junto con otros principios del sistema de seguridad social en pensiones y las tensiones de aquel con los derechos fundamentales de los beneficiarios del sistema, según seleccionada jurisprudencia vigente de los altos tribunales; se proyecta como novedad investigativa la Solidaridad Económica Pensional, que pretende conciliar argumentalmente la regla fiscal con los procedimientos administrativos y judiciales en las decisiones enmarcadas en la seguridad social en pensiones; no como medida de austeridad económica, sino como argumento jurídico que soporte decisiones, cuando por ejemplo se reconozcan prestaciones sin soporte legal adecuado o peligrosas para la estabilidad fiscal del sistema, teniendo en cuenta que aquel esta conformado por aportes de todos los colombianos.

1. SISTEMA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL.

El Sistema General de Seguridad Social Integral, en Colombia es un servicio público, que comprende las obligaciones del Estado, la sociedad, las instituciones que se encargan de la cobertura de las prestaciones que tienen la especial protección para el ordenamiento jurídico colombiano, con la Caja Nacional de Previsión y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: i.) enfermedades no profesionales y maternidad, ii.) Invalidez y Vejez, iii) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, iv.) Muerte¹.

La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia buscaba substituir la constitución de 1886 por lo tanto el 4 de julio de 1991 se promulgo la nueva constitución colombiana que protegió el sistema de seguridad social mediante el artículo 48;

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”².

La Constitución de 1991 coadyuvó para modificar el Sistema General de Pensiones mediante la Ley 100 de 1993 por medio del cual se estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, por medio del cual se establecieron los objetos y las características del sistema general de pensiones, que permitió una reestructuración al sistema ampliando la cobertura para todos los habitantes del territorio nacional con el criterio de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad.

¹ Ley 90 de 1946 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

² REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política, Art. 48.

1.1. Seguridad Social Internacional.

En el ámbito internacional el derecho a la seguridad social tiene varios mecanismos que reconocen el derecho de los ciudadanos a obtener una protección como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos según lo establecido en el artículo 22:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

De igual manera la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su artículo 16 reconoció el derecho a la seguridad social afirmando que:

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

La seguridad social es un derecho que tiene especial protección para las personas que se encuentran en una imposibilidad física o mental, que tienen la necesidad de obtener los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia con el fin de protegerle el derecho a una vejez digna y garantizándolo como un derecho irrenunciable.

Los tratados internacionales ratificados por Colombia y que se encuentran dentro del bloque de constitucional permiten darle al derecho a la seguridad social una estructura básica estableciendo un marco jurídico alrededor del mismo para la protección de un derecho fundamental y relevante para la sociedad.

1.2. Seguridad Social en Colombia.

En Colombia la Seguridad Social sostuvo un desarrollo muy sosegado ya que mediante del Ministerio del Trabajo y de Higiene y Previsión Social se presentó un proyecto de ley que buscaba establecer el Seguro Social Obligatorio, mediante la Ley 6 de 1945 el Honorable

Congreso dictó medidas parciales mientras se organizaba el seguro social obligatorio ya sean para empelados u obreros.

Mediante la Ley 90 de 1946 se crea el Instituto Colombiano de Seguro Social que comenzó su trabajo solamente con enfermedades no profesionales y maternidad y que posteriormente se fue extendiendo a todas las ciudades protegiendo enfermedades profesionales, y los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Mediante la Ley 12 de 1977 se modificó el nombre de la Instituto Colombiano de Seguros Sociales por medio del decreto reglamentario 1650 de 1977 a Instituto de Seguro Sociales amparando las contingencias de i.) Enfermedad en general, ii.) Maternidad, iii.) Accidentes de trabajo, iv.) Enfermedad profesional, v.) Invalidez, vi.) Vejez, vii.) Muerte y viii.) Asignaciones familiares.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se protegió la seguridad social como un derecho irrenunciable, público, de carácter obligatorio, protegiendo a todos los habitantes el derecho de la seguridad social. Bajo los supuestos de la seguridad social establecidos en la Constitución de 1991 se expidió la ley 100 de 1993 que determina el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia basado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El sistema de Seguridad Social Integral estaba conformado por los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales, este último fue modificado con la entrada en vigencia de la Ley 1562 de 2012 *"por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional"*, publicada en el Diario Oficial No. 48.488 de 11 de julio de 2012, el término *"riesgos profesionales"* debe entenderse como *"riesgos laborales"*.

El Sistema General de Pensiones que estaría compuesto por dos regímenes por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado en ese momento por Instituto de Seguros Sociales actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de esta manera lo afirmo la ley de 100 de 1993 en su artículo 12:

ARTÍCULO 12. RÉGIMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2. LEY 100 EN COLOMBIA.

El libro I de la Ley de 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Pensiones que ampara las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, será el referente normativo bajo el cual se hará la respectiva crítica analítica del escenario prestacional; es precisamente la omisión de estas normas elementales (junto con aquellas que las modifican o amplían) y de ciertos principios constitucionales de la seguridad social las que configuran el punto de partida del problema de investigación.

Referente al problema de investigación, la Ley 100 establece los requisitos elementales y básicos para el reconocimiento de las prestaciones que tienen especial protección para todos los ciudadanos que cumplan con los parámetros de semanas de cotización y la edad que permiten la entidad pública como privadas decidir en derecho el reconocimiento o no de las diferentes prestaciones económicas.

La pensión de invalidez como una prestación que requiere unas condiciones especiales para su reconocimiento y periodicidad en el tiempo, la Ley 1000 de 1993 establece los requisitos para obtener la pensión considerando inválida la persona que por cualquier enfermedad de origen no profesional hubiera perdido el 50 % o más de su capacidad laboral y que igual manera haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración.

También los que haya cotizado las 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez con el cumplimiento de los requisitos establecidos.

Pero hay casos en los cuales los Jueces de la Republica y la Corte Constitucional se obvian lo establecido por la Ley y en uso de facultades y dignidades propias de su calidad autoridades de la rama judicial, van más allá de lo normado, invocando en la mayoría de ocasiones la protección de principios y derechos constitucionales a favor de personas que a priori fungen como destinatarios de especial protección por parte de las autoridades del Estado.

La contingencia por invalidez, no se circunscribe al mero reconocimiento deliberado de una prestación periódica por parte de una autoridad judicial, se involucran más actores y condiciones en esta dinámica. Es de recordar que el riesgo de invalidez días, va muy de la mano con escenarios como el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 180 días, calificación de pérdida de capacidad laboral, imposibilidad de seguir cotizando al sistema, etcétera.

Ahora bien, como es sabido, la Ley 100 de 1993 y en general el sistema pensional ha sido objeto de muchas reformas normativas demasiado extensas todas y cada una de ellas, cuyo análisis no viene al caso. Sin embargo, esta aleatoria estructuración del régimen tiene un germen problemático: El sistema no esta cumpliendo con su cometido, las instituciones no son eficaces, el “gasto social” es el que genera que cada vez sea necesario hacer mas riguroso el acceso a una pensión (aumento de semanas de cotización, aumento de la edad para acceder a la prestación, disminución de las mesadas, aumento de los aportes). Por ello mediante leyes como la 797 de 2003, la ley 860 de 2003, el acto legislativo 01 de 2005 y el 03 de 2011, la ley 1151 de 2007 (que creo Colpensiones), la ley 1438 de 2011, la ley 1753 de 2015 entre otras, configuran un espeluznante dossier normativo que persigue una de múltiples finalidades: el racionamiento de recursos de la seguridad social y la viabilidad financiera del sistema.

No obstante, igual de doloroso resulta ver, que ese objetivo no está del todo cumplido, inclusive fue necesario elevar a categoría de principio constitucional la sostenibilidad financiera y fiscal de la seguridad social en pensiones, mediante el acto legislativo 03 de 2011. Antes, en el acto legislativo 01 de 2005 se introdujo como criterio de necesidad transversal o “regla fiscal” (Guerrero Vinuesa, 2012) de la normatividad pensional, mas no como principio, lo cual se dio mas adelante.

Existen múltiples normas para la seguridad social en pensiones, pero el problema no está resuelto de fondo, a día de hoy las quejas por la demanda fiscal en el sector aun siguen, por lo que no es descabellado pensar que tanta producción normativa agudiza aun más la polémica fiscal.

3. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU DIATRIBA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1 Naturaleza y estructura del principio de sostenibilidad financiera en el sistema pensional colombiano

Un sistema pensional debe tener ciertas características que determinara su eficiencia en un contexto social y temporal determinado, así pues debe garantizarse que sea un sistema de amplia cobertura, sencillo, uniforme y acorde con las necesidades de la población aportante y beneficiaria de las prestaciones. Ese ansiado equilibrio entre lo que entra y lo que se destina para pagar pensiones es la base fundamental del más nuevo de los principios que rigen, desde lo consagrado en la Constitución de 1991, el sistema pensional Colombiano, esto producto de una innegable variación social y demográfica del país, que dio pie a la necesidad de introducir la regla fiscal como componente transversal del sistema, dicha variación surge demográficamente por dos factores: La población va envejeciendo conforme pasa el tiempo, luego los aportantes, es decir la población joven y con edad que integre la fuerza laboral es menor, luego la base aportante se disminuye (ciertamente en contubernio de otros motivos: como la no afiliación al sistema, o la no cotización al RPM, sino a otros regímenes) así mismo, con el aumento de la expectativa de vida de la población mayor, es mayor el gasto al que se tiene que incurrir. Es por eso que en teoría, para evitar desequilibrios que afecten la economía pensional, se deben acudir a reglas que no solamente lo impidan, sino que además permita el desarrollo eficiente del sistema, sin superávits y sin déficits tanto a mediando como a largo plazo (Pérez de la Rosa, 2016).

Desde el año 2011, la sostenibilidad fiscal y financiera de ha incluido dentro del principios rectores de la seguridad social, según lo consagrado en el acto legislativo 03 de 2011, por lo que la consagración de la regla fiscal tiene dos objetivos fundamentales: (i) Lograr la consolidación del sistema, haciéndolo autosostenible, (ii) que los pasivos del sistema sean

asumidos por el Estado y se pueda conseguir una acumulación de reservas para pago de futuras mesadas, si hay lugar a ello (Jaramillo Ocampo, 2014). Ante la para nada grata historia de la gestión del sistema pensional en Colombia, incluso con el escenario legal actual es innegable que los criterios funcionales de la macroeconomía nacional, deben adaptarse también a la dinámica pensional para evitar los déficits que son tan denunciados por la agremiación de aseguradoras privadas-ANIF e inclusive la proscripción del régimen de prima media y el cierre de Colpensiones.³

El problema de la financiación del sistema pensional va mucho mas allá, la génesis misma de aquel es la marcada desigualdad de ingresos en la población, la falta de conocimiento del grueso de la población en la importancia de la solidaridad del régimen pensional y en general causas sociales mas profundas; y parte de esta perspectiva general, la gran causal típica de los desequilibrios del escenario pensional en Colombia son las pocas pero millonarias pensiones que cierto sector reducido de la población reciben mensualmente ciertamente con origen del fondo común que constituyen los aportes y las cotizaciones de todos los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones; por lo que es muy probable, que los aportes que realiza con mucho esfuerzo el trabajador de las clases populares que mensualmente recibe un salario mínimo mensual, mas que aportar para su pensión sirva para financiar en gran medida las mesadas pensionales de altos dignatarios del Estado, que son por lo general los destinatarios de tales emolumentos millonarios (Pérez de la Rosa, 2016). Mas grave aun sea, que el porcentaje del subsidio a los aportes por parte del Estado, precisamente a las pensiones millonarias, es mucho mayor a los que reciben los beneficiarios de pensiones más modestas⁴, este desequilibrio pensional, es incluso social, y como siempre los mas favorecidos son una minoría poderosa y los mas perjudicados en este panorama son las clases populares.

Fiscalmente, en Colombia es tradicional (al menos desde la promulgación de la Ley 100 del 193 hasta acá) que el sistema pensional sea demandante para el Estado. El monopolio estatal del Régimen de Prima Media, en el cual están afiliados (que no siempre significan que sean aportantes constantes) las clases trabajadoras populares del país cuyos salarios en su gran

³ Periódico Portafolio, edición digital, disponible en <http://www.portafolio.co/economia/al-2019-todos-los-colombianos-deberian-cotizar-en-fondos-privados-510147>

⁴ Revista Dinero, edición digital, disponible en <http://www.dinero.com/pais/articulo/procuraduria-favor-pensiones-millonarias/178445>

mayoría son de un salario mínimo o un tanto mas, implica erogaciones fuertes durante el ejercicio fiscal de la inversión o el gasto social, dependiendo de como se quiera ver, empero pacifico nunca ha sido el tema.

Con las dificultades económicas que ya de entrada Colombia, como economía emergente tiene que afrontar, se vio necesario también acudir tímidamente a la regla fiscal y luego ya estructurarla como principio constitucional. Pareciera que desde siempre se ha propugnado por un equilibrio económico, pero perseguía antes una racionalización de los recursos, hoy parece que lo que se busca es evitar que ocurra, lo que algunos entes del sector privado asegurador han denominado como bomba pensional, un déficit irreversible del sistema, un caída funcional del régimen.

3.2 Limites a la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal y financiera del sistema pensional colombiano en los casos sometidos a la Jurisdicción.

Ahora, ofreciendo una vista jurisdiccional, de un inicio la polémica esta servida entre el principio de sostenibilidad fiscal y financiera en el sistema general de pensiones (representado ampliamente por el régimen de prima media, administrado por Colpensiones) y otros derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento y pago de pensiones a potenciales destinatarios con alguna disminución física o social de relevancia. Entonces, el argumento funcionalista, económico ya hace parte de un sistema que adquirió más relevancia, hablando en función de derechos fundamentales, por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y en menor medida de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; y ciertamente, al consagrarse el principio de sostenibilidad fiscal y financiera como tal, resulta que como todo principio constitucional es transversal a todas las ramas del poder publico, incluida la judicial, de la cual emergen la mayoría de decisiones que impactan fiscal y funcionalmente el sistema de pensiones en Colombia.

Por lo anterior, hay quienes consideran que *prima facie* la implementación de la regla fiscal como principio rector del sistema de seguridad social en pensiones, es una medida de austeridad que redirecciona el gasto público que incluso puede ser contraproducente (Aguilera Díaz, 2014), e inclusive como limitante al ejercicio del poder judicial, ya que los jueces ya no deben estructurar sus decisiones con base en las normas que apliquen para el caso concreto; al

margen que se tiene que tener a la jurisprudencia de las altas cortes como paragón también *sine qua non* para resolver el escenario judicial, en teoría también la regla fiscal debería estar dentro de las consideraciones que constituyan la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales.

Al abordar el principio de sostenibilidad financiera y fiscal del sistema pensional Colombiano, la Corte Constitucional establece como legítima la aplicación de aquella para regular de manera legal aspectos impactantes como por ejemplo, el establecimiento de topes en las mesadas pensionales de la cual se desprende la orden legal de no existir pensiones más allá de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La Corte entonces, fundamenta este límite precisamente en la necesidad de equilibrar económicamente el sistema, en tanto que las cotizaciones más onerosas, financien las pensiones más modestas entre otros menesteres:

Asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En el caso bajo análisis, limitar a 25 salarios el IBC para los cotizantes del régimen de pensiones obligatorias para asegurar las pensiones de los de menores ingresos y en general, de todos los afiliados al sistema, persigue un fin constitucionalmente admisible. No se observa que el fin buscado por el Legislador esté prohibido a la luz de la actual Constitución. Al contrario, este se desprende del propio texto constitucional que ordena que la adopción de medidas legislativas consulte la sostenibilidad financiera (art. 48 modificado por el A.L. 01 de 2005).

Como lo determinó esta Corte en la sentencia C-1054 de 2004, la medida busca evitar que se acentúen inequidades en el sistema y su sostenibilidad financiera, ya que intenta redireccionar la mayor cantidad posible de subsidios a la mayor cantidad de la población que haya accedido a pensiones de menor cuantía y busca evitar un aumento desmesurado en el gasto para atender el pasivo pensional. Por lo tanto, el establecer un límite en el IBC que no permite acceder al tope que fija la norma constitucional persigue un fin importante ya que busca la sostenibilidad financiera.

De otra parte, la medida es adecuada respecto del fin ya que el establecer un límite en el IBC genera necesariamente uno para el monto de las pensiones más altas, lo cual contribuye efectivamente a la sostenibilidad financiera. Es decir, la

medida logra cumplir con el fin. (Corte Constitucional, Sentencia C-078- de 2017
Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio)

E incluso para el análisis de otras figuras pensionales, como en su tiempo la pensión familiar, la Corte afirma que aquella incluso puede beneficiar la sostenibilidad económica del sistema al permitir que los núcleos familiares hagan cotizaciones al régimen los cuales era ciertamente superiores a la media de aportes.

Empero, la mayoría de estos pronunciamientos son parte del estudio de conveniencia constitucional de determinadas normas que son demandas ante el Alto Tribunal, por lo que la consideración de la regla fiscal en acciones de tutela que llegan a sede de revisión y que involucran el estudio de una pensión, no es precisamente un criterio que guie esas decisiones; por el contrario la Corte Constitucional incluso la Corte Constitucional lo proscribió totalmente del que hacer judicial en contextos de decisión de controversias sea en la jurisdicción ordinaria laboral, contencioso administrativa y como era de esperarse en acciones de tutela:

Los criterios de sostenibilidad representan instrumentos financieros que sirven de herramienta en los escenarios de planeación y ordenación del gasto público, ámbitos reservados por la Constitución a los órganos ejecutivo y legislativo. En el escenario de la actividad judicial de las Altas Cortes, (i) el criterio de sostenibilidad no resulta aplicable en la decisión de juicios concretos como por ejemplo los contenciosos desarrollados en la jurisdicción ordinaria o en el escenario de revisión de tutela; (ii) el criterio de sostenibilidad solo opera luego de ejecutoriada la sentencia que pone fin al caso concreto sometido a escrutinio de la Alta Corte, esto es, en el trámite del incidente de impacto fiscal. En esta última hipótesis; (iii) no basta la alegación genérica del criterio de sostenibilidad fiscal para tenerlo como elemento relevante o admisible en el análisis de la eventual modulación de los efectos del fallo en el trámite incidental, pues es indispensable que el interesado justifique adecuadamente su postura y acredite suficientemente el respeto de las cautelas normativas contenidas en el artículo 334 de la C.P. y en las demás disposiciones de la Carta, sin perjuicio del cumplimiento de los restantes requisitos que debe desarrollar el legislador y la decisión definitiva que tome la autoridad judicial correspondiente.

Por lo tanto la actividad judicial no tiene en cuenta para sus decisiones criterios fiscales, y el instrumento previsto para que eventualmente ciertas decisiones judiciales solamente de las altas cortes, el incidente por impacto fiscal regulado por la Ley 1695 del 2013, solo es viable en casos especialísimos de trascendencia nacional por lo que su utilización en materia pensional esta totalmente restringido. Es mas, cierto sector de la doctrina, con todo y limitantes, considera que este incidente de impacto fiscal es una intromisión en el que hacer de la rama judicial, rama autónoma del poder publico al limitar y modular las decisiones judiciales de las altas cortes en pro de un aspecto meramente funcional y económico (Guerrero Vinuesa, 2012).

Ciertamente, a estas alturas, el principio de sostenibilidad fiscal y financiera, respecto de otras directrices que estructura el sistema general de pensiones, es relativizado en los escenarios mas polémicos, tales como las decisiones jurisprudenciales, pero de igual manera dejando de lado escenarios o casos específicos, aun con todo, el principio de sostenibilidad fiscal y financiera no escapa de las clásicas pugnas y tensiones con otros derechos fundamentales siendo protagonistas de ello la vida digna, mínimo vital, y mas aun cuando el mismo derecho a la seguridad social en pensiones es considerado mas que prestacional, fundamental. Para la Corte Constitucional, incluso en algún momento se llegó a afirmar que el principio de sostenibilidad financiera no era tal, si no un criterio orientador en la actividad legislativa, en materia pensional, su ejercicio en la jurisdicción tal y como se ha visto, esta enmarcado únicamente al análisis de constitucionalidad de ciertas normas o disposiciones jurisdiccionales de altos tribunal que revistan alcance nacional.

Entonces, con algo más de concreción para bien o para mal, las decisiones judiciales tanto o más que el propio actuar administrativo, produce impactos a las arcas de la seguridad social en Colombia. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como instrumento por excelencia de protección a los derechos fundamentales y como se advirtió arriba, el derecho a la seguridad social en pensiones, es también considerado como fundamental por la contemporánea jurisprudencia de la Corte Constitucional, es también protagonista en esta dinámica.

El alto tribunal, producto de una construcción jurisprudencial profusa ha descrito que el derecho a la seguridad social en pensiones es un derecho fundamental autónomo e independiente, lo que sugiere que no es necesario alegar eventualmente conexidad de derechos

fundamentales (aunque no está proscrito) como colofón para demandar su reconocimiento y pago por medio de acción de tutela. Para al alto Tribunal, el juez de tutela incluso debe tener cierto espectro de laxitud y permisividad dado que los solicitantes, al tener una naturaleza especial y reconocida en la Constitución Política de 1991 (sentencia T-194-16 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

No obstante, tanto la Corte Constitucional, como la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia han estructurado requisitos especiales cuando, vía acción de tutela se pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez. Así pues, por ejemplo, en pronunciamiento del 3 de septiembre de 2014, estableció las exigencias para que un afiliado obtenga la prestación por medio de una acción de tutela:

- 1. Que el afiliado, a la fecha de estructuración de invalidez, cuente con la densidad de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez.*
- 2. Que se trate de un caso especialísimo que ponga en inminente peligro la vida y esté debidamente acreditado.*
- 3. Que el afiliado arribe a la edad para obtener la pensión de vejez, la de invalidez, en armonía con lo previsto en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 del 2003.*

Así mismo, la Corte señala que estos escenarios son muy especiales, porque de entrar en laxitudes, la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones se vería afectada deviniendo de una inestabilidad jurídica.

Contrario a lo que establece el máximo tribunal de la Jurisdicción ordinaria que tuvo en cuenta la regla fiscal para el reconocimiento excepcional de la pensión de invalidez vía acción de tutela., la Corte Constitucional, admite que se puede ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, inclusive sin el lleno de los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 y sus normas reformativas; previa verificación de las condiciones de vida del solicitante. Pero se tiene consenso de todas maneras que el principio de sostenibilidad fiscal tanto a la vista jurisdiccional como doctrinaria no debe reñir con otros preceptos fundamentales, tampoco significa que este abaja de ellos, sino hacer todo parte de un conjunto garante de disposiciones jurídicas que

garantice el derecho de todos los colombianos a percibir una pensión justa y equitativa para todos los actores involucrados (Duque Gómez & Duque Quintero, 2016).

2. LA SOLIDARIDAD PENSIONAL ECONOMICA COMO INTEGRADOR DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Ante este panorama, incierto y difícil para la población colombiana que tiene aspiraciones pensionales pero que dada su condiciones personales, laborales y sociales encuentran difícil que esa aspiración se cumpla, y con serias amenazas de déficit financiero del sistema pensional, deben optarse por alternativas que no seas típicos remedios paliativos, sino que transformen la realidad jurídica, fiscal y social del sistema pensional para hacerlo viable en todos los aspectos.

En una entrevista para el Diario Portafolio Nick Sherry, Exministro del economía y pensiones de la Commonwealth de Australia sostuvo que para que un sistema pensional, pueda ser solido debe estar sostenido en tres pilares fundamentales que son la sostenibilidad, claridad para los usuarios y transparencia. “La gente está viviendo más, y por eso hay que garantizar que los pilares del sistema sean sostenibles y puedan financiar las pensiones por mucho más tiempo” es admisible que se de el tradicional aumento en la edad de pensión obedezca a que la expectativa de vida vaya en aumento, no obstante esto debe estar acompasado con las realidades económicas y sociales de la población, la cual tendrá mas confianza en el sistema si es transparente y sencillo de comprender.⁵

Por otro lado también esta una alternativa tributaria a las pensiones mas altas, si bien es cierto el gravar las pensiones pareciera escandaloso, no lo es tanto si se tiene en cuenta que gran parte de las pensiones de vejez, jubilación que exceden ciertos topes en el valor tributario pueden contribuir a que exista una base gravable mas baja para que las pensiones onerosas y millonarias contribuyan a financiar el sistema en condiciones justas y equitativas (Pérez de la Rosa, 2016).

Además de ello, las decisiones administrativas y judiciales, también se propone deberían estar también orientadas a reconocer una prestación cuando por ejemplo en aplicación de

⁵ Diario Portafolio, edición digital disponible en <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/sistema-pensional-debe-simple-pueda-88100>

disposiciones mas favorables constitucionales o legales al beneficiario (como la condición mas beneficiosa, por ejemplo) sean viables si se esta demostrado que el sistema, para la prestación económica en particular tiene suficiente respaldo financiero para proceder con el pago de la prestación solicita, porque vale la pena recordar que esos dineros provienen de un fondo común que tiene aportes de todos los ciudadanos y no es un costal sin fondo, si se actúa en contravía se desgasta ese fondo y se afecta a un gran grueso de la población colombiana, sobre todo a los aportantes de las clases populares (Jaramillo Campo, 2014)

En razón de lo anterior vale la pena plantearse los siguientes interrogantes, ¿es irreconciliable el principio de sostenibilidad fiscal con la garantía constitucional de percibir una pensión tal y como lo establece la Corte Constitucional?; ¿es la solución al problema de equilibrio fiscal y económico la promulgación de mas normas jurídicas de las que ya están consagradas en el ordenamiento jurídico, o es un problema de eficacia de las mismas?

Ciertamente, las alternativas económicas no son incompatibles con las garantías fundamentales de la población solicitante de una prestación económica. Si se acude al concepto elemental del otorgamiento de una pensión esta se otorga con base a los aportes que el ciudadano realizó de manera consiente, periódica y juiciosa al régimen pensional, y de esa dinámica solidariamente hacen parte el Estado y los otros contribuyentes. Entonces, tenemos que la mayor parte de los desequilibrios fiscales y económicos en el sistema financiero son las inequidades entre aportantes que devengan un salario mínimo que hacen triple tarea: Financiar sus aspiraciones pensionales, contribuir al fondo común y pagar las pensiones, incluso las mas onerosas en el mismo porcentaje que lo haría un gran aportante; *contrarios sensu* las cargas contributivas de los grandes aportantes y los beneficiaros de pensiones altas no es mayor conforme a lo que reciben bien sea como sueldo o como mesada pensional, eso incluyendo el gran subsidio del Estado para completar el financiamiento de esa pensión.

En necesario llevar la bienintencionada solidaridad y la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema a un nivel de integración superior es decir una autentica solidaridad económica de todos los actores e instituciones jurídicas de la seguridad social en pensiones, que garantice no solamente la mera sostenibilidad del sistema, también se necesitan asegurar que se respeten las garantías fundamentales de los beneficiarios de una pensión en condiciones de equilibrio, justicia, igualdad y equidad.

Con esto no se proponen medidas de regresividad que afecten los derechos económicos de los asociados, es mas lo que se pretende es la autosostenibilidad del sistema pensional que beneficie a las personas menos favorecidas y que no limite a los que devengan su pensión con base en sus juiciosas cotizaciones al sistema, pero que participen activamente en la democracia pensional.

¿Que elementos entonces deben estructurar la solidaridad económica pensional para alcanzar el anhelado equilibrio pensional, la sostenibilidad y en general la eficacia de las instituciones jurídicas que conforman el sistema?, básicamente, elementos de tipo operacional transversales a toda la dinámica:

1. No basta el clásico aumento en la edad de jubilación para alcanzar el punto de equilibrio pensional debe estar acompañado de otras consideraciones como la realidad demográfica y social de los destinatarios de dicho aumento.
2. Disminuir los incentivos a la pensión, que no estén soportados en unas bases económicas y financieras ya establecidas, tales como aumentos pensionales por personas a cargo, subsidios por incapacidad superiores a 180 días, indexaciones exageradas y disminución de los intereses por mora para las pensiones con retroactivos mas altos.
3. Gravar con una base gravable mas baja las mesadas pensionales mas altas que actualmente la legislación colombiana realiza gravamen alguno, con el fin que fortalezcan el sistema pensional en sostenibilidad y cobertura, tal y como lo propone Pérez de la Rosa (2016).
4. Las decisiones administrativas y judiciales, aun por vía de tutela deberían tener en cuenta que una prestación económica genera un gasto adicional al fondo común que es la esencia del sistema pensional en el evento en que aquellas no estén soportadas financieramente con los aportes respectivos. Por lo tanto, para salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales de las personas que por su condición sean sujetos de especial protección del estado, se debe buscar un mecanismo de

financiamiento de la pensión, así sea posterior, para que el impacto a las cuentas de la nación no sea tan gravoso.

5. Establecer una dinámica que incorpore a la sociedad los elementos básicos del sistema pensional, la importancia que tienen sus aportes para el financiamiento de su pensión y el de los asociados, fomentado una cultura de ahorro a largo plazo y logrando la ampliación de la cobertura del sistema pensional, especialmente para nlos menos favorecidos, paso adelantado con la implementación del sistema de Beneficios Económicos Periodicos-Beps, creado por el ministerio de hacienda y llevado a cabo por Colpensiones.

Una implementación trasverlas de la Solidaridad económica pensional en mediano y largo plazo no solo llevaría al sistema pensional colombiano a un punto de relativo equilibrio, se pretende consolidarlo como justo, equitativo y eficiente respetando los derechos adquiridos e incorporando la solidaridad de todos los actores que lo conforman, ya que al ser un régimen basado precisamente en la solidaridad, se debe dejar de pensar de manera individual en los escenarios de debate legales, administrativos y judiciales, ya que tales tienen un efecto inmediato en la dinámica prestacional que tiene la potencialidad de afectar a la población en general.

3. CONCLUSIONES

Del anterior ejercicio se concluyen aspectos problemáticos, es cierto, aspectos de actualidad del principio de sostenibilidad fiscal y financiera y aspectos constructivos al futuro del sistema general de pensiones:

- El sistema esta afrontando un problema de solvencia, de sostenibilidad fiscal y financiera que incluso con la adopción de normas legales y constitucionales no se ha podido arreglar.
- Las causas de aquel problema no se subyacen a criterios normativos, todos bien intencionados, provienen de distintas contingencias como son la insuficiencia en la cobertura, la informalidad, la inequidad entre grandes y pequeños aportantes y los grandes subsidios estatales y contribucionales a las pensiones más altas.
- La sostenibilidad financiera fue concebida primero como regla y luego elevada a la categoría de principio del sistema de seguridad social en pensiones. Pero más que un principio operante, es más un criterio orientador de la actividad legislativa y no tiene relevancia administrativa o judicial porque se teme que riña con la tensión con derechos fundamentales de los asociados de ciertas condiciones de vida.
- Las condiciones demográficas hacen necesario establecer pilares básicos para el aumento de la demanda pensional en cantidad y calidad, por lo que es necesario reformar el sistema en bases de simplicidad, transparencia, sostenibilidad, solidaridad y respeto de derecho adquiridos.
- Lo anterior es posible si se integra de manera armónica la sostenibilidad fiscal con las otras directrices del sistema y los derechos fundamentales que a la seguridad social atañen por medio de una Solidaridad Económica Pensional que involucre a todos los actores de la dinámica prestacional.; así pues, el equilibrio entre aportantes y beneficiarios es esencial para el reconocimiento de prestaciones sede administrativa e inclusive judicial (por ejemplo las acciones de tutela) si se desea que el sistema sea sostenible justo y equitativo.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos:

Aguilera Díaz, Jorge (2014) Límites y alcances del principio de sostenibilidad fiscal en el estado social de derecho, Universidad Militar Nueva Granada, (2014)

Duque Gómez, N y Duque Quintero; S (2016 El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia Justicia Juris, 12(1), 40-55

Guerrero Vinuesa, Álvaro Pio (2012) Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. Criterio jurídico, 12(1), 80-126

Jaramillo Ocampo, Kamila (2014) Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes, Diálogos de Derecho y Política, 13 (6) 72-84

Pérez De La Rosa, Saúl (2016) La sostenibilidad económica del sistema pensional en Colombia. Justicia Juris, 12(1), 78-85

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-078- de 2017 Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, Sentencia T-194-16 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-12753 (52823), sep. 3/14, Magistrado Ponente. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Medios informativos

Periódico Portafolio, edición digital, disponible en <http://www.portafolio.co/economia/al-2019-todos-los-colombianos-deberian-cotizar-en-fondos-privados-510147>

Periódico Portafolio, edición digital disponible en <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/sistema-pensional-debe-simple-pueda-88100>

Revista Dinero, edición digital, disponible en <http://www.dinero.com/pais/articulo/procuraduria-favor-pensiones-millonarias/178445>