

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN
COLOMBIA**

**DANIELA GARZÓN TREJOS
JOSÉ ANUAR VARELA BOTERO**



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CALI
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2017**

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS REGÍMENES PENSIONALES EN
COLOMBIA**

**DANIELA GARZÓN TREJOS
JOSÉ ANUAR VARELA BOTERO**

**Monografía de grado como uno de los
requisitos parciales para optar al título de
Abogado**

**Presidente y Tutor
Dr. GUSTAVO NIXON DE LA CRUZ GIRALDO**



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CALI
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2017**

DEDICATORIA

A Dios por ser el pilar fundamental en nuestras vidas, pues con nuestra confianza puesta en Él, nos ha encaminado con inteligencia y sabiduría por los mejores senderos, y porque gracias a Él hemos llegado a culminar con éxito nuestra carrera.

A nuestros queridos padres y hermanos que con su amor, confianza, sacrificio y perseverancia, han estado incondicionalmente a nuestro lado, en los momentos de lucha y de éxito, por su apoyo constante, porque nunca nos han dejado solos y porque gracias a su gran ejemplo de vida, estamos actualmente a puertas de obtener nuestro título como abogados.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser la guía a lo largo de nuestra carrera, por ser nuestra fortaleza en los momentos de debilidad y por darnos la oportunidad de culminar con éxito nuestro proyecto.

A nuestros padres y hermanos que estuvieron siempre y en todo momento, acompañándonos, guiándonos, comprendiéndonos y dándonos todo su apoyo para nunca desfallecer a lo largo de este camino.

Al Presidente y tutor de nuestra monografía Dr. Gustavo Nixon De La Cruz Giraldo por su confianza, por abrirnos las puertas de su conocimiento y guiarnos satisfactoriamente por el camino del éxito en nuestro proyecto.

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE
SECCIONAL CALI**

Doctor HELIO FABIO RAMÍREZ ECHEVERRY
Delegado Personal del Presidente Nacional

Doctor LUIS FERNANDO CRUZ GÓMEZ
Rector Seccional

Dr. OMAR BEDOYA LOAIZA
Secretario Seccional

Dr. JOSÉ HOOVER SALAZAR RÍOS
Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Dra. OFELIA CECILIA DORADO ZÚÑIGA
Secretaria Académica Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Dra. PATRICIA GALARZA GONZÁLEZ
Directora CIFADER

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN	10
1. AVANCES DEL ESTADO EN LA IMPLEMENTACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES	12
1.1 CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL	12
1.2 LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL	15
1.3 PROTECCIÓN SUPRANACIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL	19
1.4 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA	21
1.5 CONFORMACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL	25
2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DOS RÉGIMENES PENSIONALES EXISTENTES EN COLOMBIA	27
2.1 RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA	32
2.1.1 Requisitos para la pensión	36
2.1.2 Monto de la pensión	36
2.1.3 Pensiones especiales	39
2.1.4 La indemnización sustitutiva	39
2.1.5 Régimen transicional	40
2.1.6 Bono pensional	41

2.2 EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	43
2.2.1 Sociedades autorizadas para administrar el Régimen de Ahorro Individual	49
2.2.2 Requisitos para la pensión de vejez	49
2.2.3 Modalidades de pensión.	52
2.2.3.1 Renta vitalicia	53
2.2.3.2 Retiro programado	53
2.2.3.3 Retiro programado con renta vitalicia	54
2.2.3.4 Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto	55
2.2.3.5 Renta temporal variable con renta vitalicia diferida	55
2.2.3.6 Retiro programado sin negociación de bono pensional	56
2.2.3.7 Renta temporal con renta vitalicia inmediata	56
2.2.4 Excedentes de libre disponibilidad	57
2.2.5 La pensión familiar	58
2.2.6 Pensión de invalidez	60
2.2.7 La pensión de sobrevivientes	63
2.3 RETÉN SOCIAL	65
2.4 BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS	68
3. COMPARATIVO ENTRE EL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	71
3.1 RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA	71
3.1.1 Ventajas	73

3.1.2 Desventajas	75
3.1.3 Problemáticas para obtener la pensión	76
3.2 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	78
3.2.1 Ventajas	79
3.2.2 Desventajas	82
3.2.3 Problemáticas para obtener la pensión	84
4. CONCLUSIONES	86
5. RECOMENDACIONES	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

RESUMEN

El objetivo de esta monografía es identificar las garantías constitucionales que brinda el Estado Social de Derecho colombiano en los dos regímenes pensionales que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, consagrados en la Ley 100 de 1993, analizando las ventajas, desventajas y problemáticas que cada uno de ellos posee. Se formularon tres propósitos específicos: identificar los avances que el Estado Colombiano ha implementado en el sistema general de pensiones desde la vigencia de la Constitución de 1991, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, progresividad y solidaridad; examinar las características de cada uno de los dos regímenes pensionales existentes en Colombia; y presentar las ventajas, desventajas y problemáticas del régimen solidario de prima media con prestación definida y del régimen de ahorro individual con solidaridad. La metodología utilizada es la hermenéutica porque se analizan las relaciones existentes entre las normas referentes al sistema general de pensiones que han elevado a nivel constitucional y el contexto social al cual están inmersos los colombianos en la actualidad del país.

Palabras clave: seguridad social, regímenes pensionales, régimen solidario de prima media con prestación definida, régimen de ahorro individual con solidaridad, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales

INTRODUCCIÓN

La actualidad normativa del país, en materia pensional, da vida a dos regímenes pensionales por los cuales los ciudadanos pueden optar para acompañar su vida laboral y construir su camino pensional a fin de alcanzar a futuro una pensión de vejez que les garantice un nivel de vida digno al finalizar su vida laboral, igualmente ambos regímenes permiten que las personas que sean cotizantes activos tengan una protección jurídica frente a una invalidez o un siniestro de muerte, lo que daría derecho a una prestación económica para la familia del cotizante.

El primero de ellos, es régimen de prima media con prestación definida (RPM), el cual es ejecutado por la Administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, el segundo es el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), el cual es ejecutado por las diferentes administradoras de fondos de pensiones y cesantías, lo cuales fueron creados a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 del año 1993. Es claro que ambos regímenes pensionales tienen como fin principal administrar el dinero de las pensiones de los colombianos con el objetivo de que los cotizantes logren acceder a una prestación económica futura, y que ambos operan bajo la dirección, coordinación y control del Estado, que mediante la ley 100 de 1993 busco garantizar el derecho a la seguridad social con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad, unidad y participación.

Teniendo en cuenta la cambiante normatividad pensional se identificarán las garantías constitucionales que brinda el Estado Social de Derecho colombiano en los dos regímenes

pensionales que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, consagrados en la Ley 100 de 1993, analizando las ventajas, desventajas y problemáticas que cada uno de ellos posee. En ese orden de ideas, se elaboró una monografía que se compone de tres partes. En la primera, se identifican los avances que el Estado Colombiano ha implementado en el sistema general de pensiones desde la vigencia de la Constitución de 1991, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, progresividad y solidaridad. En la segunda parte, se examinan las características de cada uno de los dos regímenes pensionales existentes en Colombia, y en la tercera parte presentan las ventajas, desventajas y problemáticas del régimen solidario de prima media con prestación definida y del régimen de ahorro individual con solidaridad.

1. AVANCES DEL ESTADO EN LA IMPLEMENTACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

1.1 CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

El concepto de seguridad social varía dependiendo de los objetivos que se persigan y de su contenido. A continuación se presentan varias de sus definiciones.

William Beveridge, citado por Torres (2012), manifestó al respecto que “un plan de seguridad social debía estar dirigido a suplir las necesidades del hombre (p. 92), definición que puede involucrar una obligación para el Estado, si se trata de un Estado constitucional y legalmente estructurado en razón del beneficio y la protección que pueda proporcionar a sus asociados.

El profesor Mario de la Cueva, citado por Cañón (2007) resume los principios del plan Beveridge en los siguientes puntos: “la seguridad social consiste en proporcionar a cada persona, a lo largo de su existencia, los elementos necesarios para conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana” (57). El informe, según enseña Arenas (2011) está inspirado en una idea común: “conseguir la liberación de la necesidad por medio de una amplia redistribución de la renta” (p. 25); en síntesis, la influencia del informe Beveridge ha sido notable en la opinión y en las legislaciones nacionales. Muchos Estados “reorganizaron sus sistemas de atención de riesgos sociales o los perfeccionaron inspirándose en las concepciones de Beveridge” (Arenas, 2011, p. 25).

Aunque el informe Beveridge es un mecanismo idóneo para realizar una redistribución de la riqueza, sin embargo, debe entenderse que el propósito inicial de ese plan era dar solución a la problemática que se presentaba después de una catástrofe, es decir, prever un mejor futuro aplicando una corza a las contingencias que amaneraban a la población sobreviviente de la segunda guerra mundial.

Dejando de lado una concepción cuyo objeto es la redistribución de la riqueza, lo que en últimas se busca es solucionar aspectos diarios de la vida del ser humano tales como la salud, la educación y el empleo, y desde este punto de vista es posible configurar el concepto real de lo qué puede y debe ser un sistema de seguridad social.

Pérez Leñero, citado por Ayala (1996) define la seguridad social como “la parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas, de ayuda, de previsión o asistencia, tiene por fin defender y propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros (p. 48).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la reunión de Filadelfia en 1944 clasificó los riesgos para el hombre en cuatro contingencias: enfermedad general, maternidad, desempleo y gastos extraordinarios por lesiones o enfermedades causadas en el trabajo.

También el artículo 9e del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y que comenzó a regir en

Colombia a partir del 3 de enero de 1976, establece que “los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; y el artículo 12 señala que “los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute el más alto nivel posible de salud mental o física”

El organismo encargado de supervisar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (PIDESC) es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el cual ha señalado:

El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el pacto.

El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008, p. 2)

El sistema de seguridad social integral ha sido definido por el legislador colombiano en los siguientes términos, así:

“El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”. (Ley 100 de 1993, preámbulo)

Por lo tanto, la seguridad social comprende un conjunto de instituciones, normas y procedimientos; es decir, como se trata de un servicio público requiere de unas instituciones, públicas o privadas, a cuyo cargo se hallan las actividades correspondientes, las normas que contienen los derechos y las obligaciones a cargo de los prestadores y de los usuarios del servicio, y los procedimientos para acceder a las prestaciones o para hacerlas efectivas. El conjunto de instituciones, normas y procedimientos forma un sistema, el cual es definido por Guillermo Cabanellas (2008) como "... un conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia. Un ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad" (p 367).

1.2 LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la pensión se ubica dentro de la seguridad social, la cual está enmarcada dentro de uno de los tres grandes grupos de los derechos fundamentales: los prestacionales (sociales, económicos y culturales), junto con la libertad e igualdad. Así, "... los derechos sociales, económicos y culturales son un tema explosivo en países dependientes y subdesarrollados porque conlleva, nada menos, a implementar, mantener o desmontar el Estado social de derecho y la defensa de esos derechos de prestación, como su propio nombre lo indica, está ligada a una voluntad política de hacerlos efectivos" (Dueñas, 2012, p. 28), es decir, tienen un alto contenido político, económico y jurídico.

No falta quien piense que el Estado social de derecho se confunde con las revoluciones socialistas y ubique los derechos sociales en contraposición a los derechos liberales. Éste es

un aspecto particularmente sensible en los países subdesarrollados en donde la opinión pública es manipulada por el poder económico, de ahí la resignación a un altísimo desequilibrio social. Por eso, la enorme dificultad para hacer respetar los derechos sociales, económicos y culturales; pero, tratándose de la jurisprudencia constitucional, la cuestión es distinta: se habla de Estado social de derecho y se protegen los derechos prestacionales.

Afirmar que la persona posee unos derechos que le son inherentes actualmente resulta fácil. Pero cuando se intenta fundamentar esta idea, conceptuando que existe un acuerdo respecto de ella, no resulta tan sencilla. Rojas (2012) enseña que “..., para nadie es un secreto, que el lenguaje propio de los derechos fundamentales tiene su origen en el llamado iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII” (p. 175), propuesto por Hobbes, Locke, Rousseau, Paine, entre otros.

Hay la disposición de ubicar los derechos prestacionales como derechos de libertad e igualdad, en tal posición está el filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas. Habermas, citado por Durango (2006), ha esquematizado una propuesta sobre los derechos fundamentales, derivándolos de la génesis de los derechos. En su propuesta, los derechos fundamentales “..., tienden necesariamente a asegurar tanto la autonomía privada como pública de los miembros que forman parte de la comunidad jurídica” (p. 110), “..., para lo cual se requiere de procedimientos legítimos en la producción de las normas. Por tanto, una norma en este contexto es legítima cuando cuenta con el consentimiento de todos los implicados en su construcción” (Durango, 2010, p. 264). Habermas acepta la diferenciación entre reglas y principios afirmando que las reglas son normas concretas y los principios son

pautas orientadoras del sistema jurídico en general que debe tener en cuenta el legislador, por consiguiente, solo un derecho positivo, justificado con base en principios, permite decisiones correctas.

De la obra habermasiana se desprende la obra de Robert Alexy, el cual "... a diferencia de su principal influencia intelectual, trata de un modo menos incidental el tema de los derechos fundamentales" (Rojas, 2012, p. 184). Alexy (2007) concibe los derechos fundamentales como disposiciones constitucionales puesto que "... todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental" (p. 240). Para Alexy los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de límites a los poderes públicos, "... son disposiciones subjetivas que establecen obligaciones y deberes al legislador y, por tanto, limitan su competencia" (Alexy citado por Durando, 2012, p. 92).

La opción de reconocer en algunos casos que los derechos prestacionales son fundamentales, por ejemplo, aparece en el libro "Teoría de los derechos fundamentales" de Robert Alexy (2007), quien habla de: "derecho general de libertad, derecho general de igualdad y derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio)" (p. 293); dentro de estos últimos cabe una subdivisión: derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto (también llamados por Alexy: derechos sociales fundamentales), a saber: derecho a la previsión, derecho al trabajo, derecho a la vivienda y derecho a la educación.

Millán (2003) enseña que “ni el Estado, a través de sus autoridades gubernamentales, ni los particulares, crean los derechos fundamentales. Estos existen en la naturaleza humana” (p. 102); es decir, en cada persona. Otra singularidad de los derechos fundamentales es que son inherentes pues en virtud de su naturaleza están de tal manera unidos a la persona que no pueden ser separados de ella.

También se puede decir que los derechos fundamentales son inalienables, necesarios e inviolables. En el primer caso, ninguna persona puede hacer imposible la puesta en práctica de tales derechos. En el segundo caso, porque son ellos la persona no puede vivir dignamente como corresponde a un ser humano y como lo ordena la Constitución Política. Y en el tercer caso, porque al ser violentados y amenazados los derechos fundamentales de la persona se le ofende su dignidad y se le causa agravio.

El maestro Óscar Dueñas (2001) en su obra *Acción y Procedimiento de la Tutelas* los define como “aquellos que la constitución ha consagrado en su ordenamiento positivo, garantizando a los ciudadanos los mismos mediante la máxima disposición jurídica de que dispone” (p. 19). Pero se debe advertir, que no son solo derechos fundamentales son los enunciados en el capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, pues no es una lista taxativa, tal y como lo reconoció tempranamente la Corte Constitucional (sentencia T-406 de 1992), y se pueden encontrar en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la cual se incorpora a la normatividad nacional por medio de la teoría del bloque de constitucionalidad, pues el artículo 93 constitucional establece que los tratados y convenios

internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

1.3 PROTECCIÓN SUPRANACIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 93 de la Constitución Política estipula que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Se trata de una regulación internormativa que establece una doble vinculación jurídica con el llamado derecho internacional de los derechos humanos; de una parte, se incorpora al catálogo de los derechos fundamentales propios, los consignados en los convenios internacionales aprobados por el Congreso de la República y por otra, el Estado se obliga a interpretar los derechos constitucionales de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales se encuentre legalmente vinculado.

Dentro de esos instrumentos internacionales, se ha reseñado que la seguridad social es un derecho humano fundamental, en el sentido que se asigna a esa expresión en las declaraciones de derechos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama en el preámbulo “su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de los hombres y de las mujeres” (Organización de las Naciones Unidas, 1948, preámbulo), y estipula el derecho a la seguridad social en los artículos 22 y 25; al señalar: “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” (Declaración de los Derechos Humanos, art.

22), y “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar” (Declaración de los Derechos Humanos, art. 25)

Otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en los cuales han sido ratificados por el Estado, que consagran el derecho a la seguridad social son: la Declaración Americana de los Derechos de la Persona que estipula: “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” (art. 16).

Otro reconocimiento al derecho a la seguridad social se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, en el que señala: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9); el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra que todas las personas deben ser protegidas “contra las contingencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite físico o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa” (art. 9).

El Código Iberoamericano de Seguridad Social acordado por los ministros encargados de la seguridad social de los países iberoamericanos en reunión que se llevó a cabo entre el 18 y el 19 de septiembre de 1995, se “reconoce a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano” (art. 1).

1.4 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

Al texto constitucional promulgado el 4 de julio de 1991, se le adicionó el artículo 48 mediante el Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005 en el Capítulo 2 de los derechos sociales, económicos y culturales, en el que se garantizó el derecho “ a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. Así mismo, se estipuló que “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” (Constitución Política, art. 48).

Del artículo 48 se desprende que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, es decir, por ser trascendental para la vida de la comunidad debe comprender las actividades necesarias para su existencia y conservación, lo cual le impone al Estado la obligación de diseñar qué asuntos deben ser integrados como de servicio público, y bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, hacerlos realidad con su dirección, coordinación y control, de manera que represente para el individuo el derecho irrenunciable a percibir sus beneficios.

El artículo 48 de la Constitución Política no indica qué actividades comprenden el servicio público de la seguridad social; sin embargo, le asigna al legislador la facultad de determinar su cobertura y la forma cómo se prestará el servicio público, si lo asume en forma exclusiva o puede vincular al sector privado y, en este caso, bajo su dirección, coordinación y control.

Para evitar que los recursos que el legislador asigna a las instituciones a cuyo cargo se prestará el servicio público de la seguridad social se destinen a otras causas, prohíbe su utilización con fines diferentes a los propios de la seguridad social, y protege especialmente aquellos destinados al pago de las mesadas pensionales, aclarando que se debe garantizar que mantengan su poder adquisitivo constante.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, que como ya se dijo, adicional el artículo 48 de la Constitución Política, trata exclusivamente de la viabilidad financiera del subsistema pensional. A nivel de la jurisprudencia constitucional cabe mencionar dos sentencias en las que se avanza hacia una definición de seguridad social basándose en el artículo 48 de la Constitución. La sentencia T-200 de 2010, que señala:

... la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro definitivo de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas. (Corte Constitucional, sentencia T-200 de 2010)

A su vez, la sentencia T-468 de 2007 afirma sobre la seguridad social que:

... es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2007)

La sentencia T-752 de 2008 es una sentencia hito en materia de pensiones. No solamente manifestó cuándo prospera la acción de tutela en la invocación de los derechos de los jubilados, sino que precisó que la pensión es un derecho fundamental contemplando otros aspectos centrales de la teoría de la seguridad social y del derecho en general: la favorabilidad y la progresividad.

La sentencia T-338 de 2012 destaca que en el ordenamiento jurídico colombiano la seguridad social es un derecho constitucional fundamental y, por lo tanto, es deber del Estado establecer las instituciones encargadas de la prestación del servicio, los procedimientos bajo los cuales debe funcionar, las prestaciones exigibles y los beneficiarios de las mismas, así como los mecanismos que permitan una adecuada provisión de fondos que aseguren el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social, procurando que dicha determinación respete la Constitución y las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La seguridad social en Colombia tiene seis grandes principios: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación; principios que pueden considerarse como pautas para la organización y evaluación de la gestión; cuando están en la legislación constituyen además, criterio de interpretación para todos los operadores jurídicos. Y cuando están en la Constitución, aparte de guía interpretativa, constituyen mandatos al legislador y al ejecutivo respecto de sus desarrollos legales. De todos esos principios, la Constitución enfatizó en tres y les confirió rango constitucional: el principio de universalidad, el principio de solidaridad y el principio de eficiencia.

El principio de universalidad es definido en la Ley 100 de 1993 como “la garantía de la protección, para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”. (Ley 100 de 1993, art. 2º, b). Como principio constitucional, la universalidad implica el compromiso estatal, en todos sus órdenes, de extender la protección en los riesgos amparados por los sistemas de seguridad social a todas las personas. Pero los alcances de ese principio, en concreto, “..., se delimitan con la idea constitucional de que la ley debe señalar la cobertura y la prestación de los servicios correspondientes” (Gamboa, 2011, p. 84).

La Ley 100 de 1993 describe el principio de solidaridad como “la práctica de la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil” y señala que es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema” (Ley 100 de 1993, art. 2º, c). La solidaridad se constituye en el principio cardinal de la seguridad social, que se desarrolla a través de normas e instituciones legales específicas como las siguientes: la existencia de un régimen subsidiado de salud y de un fondo de solidaridad pensional, los aportes de solidaridad en los sistemas de pensiones y salud, la garantía de pensiones mínimas, los límites de pensiones máximas, la cobertura familiar del sistema de salud, etc.

El principio de eficiencia la Ley 100 de 1993 lo precisa como: “La mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” (Ley 100 de 1993, art. 2º, a). La eficiencia en la gestión es un requerimiento

básico de todo sistema de seguridad social, “..., porque determina el alcance real del derecho a la seguridad social para el ciudadano” (Roa y Roa, 2008, p. 47). De ahí la importancia constitucional que se le asigna y la necesidad de insistir en su mejoramiento, tanto en las instituciones públicas como en las que pertenecen al sector privado.

1.5 CONFORMACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

El sistema de seguridad social integral unificó la normatividad dispersa en una sola norma y la denominación “integral” corresponde a que cubre los tres grandes sistemas legales desarrollados por la Ley 100 de 1993: el sistema general de pensiones, el sistema general de seguridad social en salud y el sistema general de riesgos laborales, y de forma adicional creó los servicios sociales complementarios. Los tres subsistemas comparten características comunes: todos son dirigidos, como ya se anticipó, por el Estado; su gestión puede ser pública o privada; la filiación es obligatoria; se financia a través de cotizaciones obligatorias, y el sector principalmente protegido lo constituyen los trabajadores públicos y privados, pero permite la afiliación del trabajador independiente.

En el artículo 48 de la Constitución Política también se prevé la ampliación progresiva de la cobertura del sistema integral, y de igual forma en el preámbulo de la Ley 100 de 1993 se ordena el cumplimiento progresivo de planes y programas para proporcionar cobertura integral a las contingencias. Esta progresividad de cobertura se aplica a los subsistemas del

sistema general de seguridad social integral a saber: pensiones, salud, riesgos laborales y servicios sociales complementarios.

Llegados a este punto se puede afirmar que la Constitución en su artículo 48 señaló los principios para la seguridad social en pensiones; si bien ingresó a la Constitución el tema, el diseño del sistema general de pensiones se trasladó al legislador y se permitió la actividad de los particulares en los organismos gestores, abriéndosele la puerta a los Fondos de Ahorro, al estipular que la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. Igualmente, que el Acto Legislativo 1 de 2005, reformativo de la Constitución, reiteró que la ley es la que reglamenta lo de la seguridad social y aunque fijó algunas restricciones que implicaron la desaparición de los regímenes de transición, especiales y exceptuados, de todas maneras se protegieron los derechos adquiridos en materia pensional.

Una vez identificados los avances que el Estado colombiano ha implementado en el sistema general de seguridad social integral y el sistema de pensiones desde la vigencia de la Constitución de 1991, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, progresividad y solidaridad es pertinente exponer las características de los dos regímenes que lo conforman, previa explicación de las pautas que los regulan.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DOS REGÍMENES PENSIONALES EXISTENTES EN COLOMBIA

Conforme a lo previsto en el preámbulo y en los dos primeros artículos de la Ley 100 de 1993, en los que estipula que el sistema general de seguridad social en salud es el “..., conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida” (Ley 100 de 1993, preámbulo), es un sistema integral que “..., tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona” (Ley 100 de 1993, art. 1) y el servicio se “..., prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación” (Ley 100 de 1993, art. 2); se puede decir que la pérdida de la capacidad económica forma parte de las contingencias que perjudican la calidad de vida de la persona y la comunidad en general. Como respuesta a esta situación se creó el subsistema general de pensiones diseñado para asistir a la persona en caso de que pierda la capacidad de generar un ingreso, sea por invalidez originada en una enfermedad o en un accidente común, por llegar a una determinada edad o cuando por muerte, deja en desamparo al grupo familiar; ante uno de estos infortunios se debe reconocer a las personas damnificadas con prestaciones económicas, constituyéndose así en el objeto del subsistema general de pensiones que crea y organiza la Ley 100 de 1993, de la siguiente forma:

“El sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de

cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”. (Ley 100 de 1993, art. 10)

El Acto Legislativo 001 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución, sentó determinadas pautas para regular el funcionamiento del sistema general de pensiones, las cuales son principalmente las bases para el sostenimiento financiero del mismo. De manera resumida, estas pautas son: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas” (Ley 100 de 1993, art. 48). No existe razón alguna para que se deje de pagar, congelar o reducir el valor de las mesadas pensionales legalmente reconocidas.

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones” (Ley 100 de 1993, art. 48).

“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”, ni partir del 31 de julio de 2010 causarse mesadas

pensionales superiores a veinticinco salarios mínimos mensuales, las cuales serán pagadas con cargo a recursos de naturaleza pública. Así mismo, la ley puede conceder beneficios económicos periódicos por un valor inferior a un salario mínimo.

A partir del 25 de julio de 2005, fecha en que se publicó el Acto legislativo 001, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio de los aplicables a las fuerzas Armadas y al Presidente de la República. El 31 de julio de 2010 expiró la vigencia de los regímenes especiales. El derecho pensional que se cause a partir del 25 de julio de 2005 no podrá exceder las trece mesadas pensionales, una pensión se causa cuando se cumple con la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión, así no se haya reconocido el derecho. Las características del sistema general de pensiones las señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, estas son:

Es obligatoria para los trabajadores, dependientes o independientes, la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones e implica el pago de las cotizaciones en el porcentaje ordenado en la ley y liquidado sobre el ingreso mensual que perciba el afiliado. Los dos regímenes del sistema pensional, cumpliendo con el principio de solidaridad, garantizan a todos sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima.

Cada afiliado es libre de escoger el régimen pensional y quien impida el ejercicio de este derecho será sancionado de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, el afiliado puede cambiar de régimen cada cinco años, computados a partir de la fecha de la selección inicial, excepto cuando le falten al afiliado diez años o menos para cumplir con la

edad exigida para tener el derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida. La superintendencia Financiera de Colombia emitió la Circular Externa 016 del 28 de abril de 2016 con el propósito de que todas las entidades administradoras del sistema de pensiones a partir del 1° de octubre de 2016 adapten su sistema de asesoría a los afiliados en torno a la conveniencia o no de trasladarse de régimen pensional, con el fin de protegerlo porque se ha evidenciado que “..., la condición de cada afiliado es única y no se puede generalizar que un régimen pensional sea más conveniente que otro. Cada persona tiene características diferentes en cuanto a edad, género, beneficiarios, tiempo y monto de cotizaciones, por lo que es fundamental evaluar la situación particular del afiliado para determinar cuál régimen puede resultarle más conveniente frente a su futuro pensional” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016, p. 1).

Los afiliados tienen derecho al pago de las pensiones por invalidez, vejez y sobrevivientes, siendo incompatible recibir simultáneamente pensiones por invalidez por riesgo común y por vejez. La mesada pensional se ajusta cada año a partir del 1° de enero de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el año inmediatamente anterior. Las pensiones mínimas se reajustan con un porcentaje igual al aumento del salario mínimo, excepto si la variación del IPC es superior al porcentaje de aumento del salario mínimo.

Los dos regímenes pensionales reconocen y pagan las prestaciones previstas teniendo en cuenta los tiempos de cotización o de servicio efectuados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 o sea el 23 de diciembre de 1993. De este modo se estable que “no podrán

sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión” (Ley 100 de 1993, art. 13). No podrán otorgarse pensiones en el sistema general de pensiones cuando no corresponden efectivamente a tiempos de servicios prestados o cotizados.

Los afiliados que al llegar a la edad pensional no cumplan con los demás requisitos tienen derecho a solicitar la devolución de saldos o a la indemnización sustitutiva o a continuar cotizando para cumplir con los demás requisitos. En este sentido, es importante hacer referencia a la sentencia C-375 de 2004 que modificó el literal p del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, al condicionar su exequibilidad en el entendido de que el afiliado puede continuar aportando hasta cumplir los requisitos y, en caso de no cumplirlos, tiene derecho a la devolución de aportes.

El sistema general de pensiones comprende las pensiones para las contingencias de invalidez por riesgo común, la pensión de vejez y la pensión de sobreviviente por muerte del pensionado o del afiliado activo. El afiliado debe seleccionar entre el régimen de prima media con prestación definida a cargo de Colpensiones y el régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, quedando prohibido que la persona esté afiliada a los dos regímenes porque dada su naturaleza son incompatibles entre sí.

De acuerdo con el artículo 3° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones los vinculados por un contrato de trabajo, "..., los servidores públicos, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales" (Ley 100 de 1993, art. 15).

Son afiliados en forma voluntaria todas las demás personas naturales residentes en el país, los colombianos residentes en el exterior que no tengan la calidad de obligatorios, y los extranjeros vinculados con contratos de trabajo y que no estén cubiertos por un régimen pensional en el país de origen o en cualquier otro, para lo cual deben acreditar hallarse afiliados y cumplir con los requisitos que ese régimen pensional le exija. A continuación se examinarán las características de cada uno de los dos regímenes pensionales existentes en Colombia.

2.1 RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

Con anterioridad a la entrada en rigor del sistema pensional organizado en la Ley 100 de 1993 era notoria la proliferación de regímenes pensionales, todos ellos contruidos bajo el sistema de reparto simple, es decir, la entidad obligada al reconocimiento y pago de

pensiones calculaba el valor anual de las mesadas pensionales a pagar y apropiaba la cantidad respectiva en el presupuesto. Rodríguez (2009) enseña que cuando en 1967 el Instituto de Seguros Sociales (ISS) asumió la parte pensional de los empleadores particulares, el sistema pensional diseñado para el pago de pensiones "... se estableció sobre la fórmula de prima media escalonada con capitales de cobertura, en donde se fijaba un porcentaje de cotización igual para todos los afiliados, con incrementos quinquenales para constituir una capitalización suficiente para atender el pago de mesadas pensionales que se fuesen causando" (p. 43). El sector oficial careció de una política de reservas pensionales, por lo que hacia 1990 el sistema pensional, en especial las pensiones de origen estatal se hallaba en crisis.

El régimen de prima media con prestación definida "..., sigue los lineamientos administrativos y financieros del sistema de reparto simple, y la administración, el reconocimiento y el pago de las pensiones se halla a cargo del Instituto de Seguro Social (hoy Colpensiones) y por excepción, de las cajas, los fondos o las entidades de previsión social del sector público existentes" (Torres, 2010, p. 13), a las que el Gobierno Nacional permita su funcionamiento por demostrar solvencia económica para atender el pago de las obligaciones pensionales con los afiliados al 1° de abril de 1994. Los administradores de este régimen se hallan sometidos al control vigilancia de la Superintendencia Financiera.

De acuerdo con lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media con prestación definida implica un mismo porcentaje de cotización para todos los afiliados, y con el cumplimiento de los requisitos de tiempo de cotización y una edad determinada se

adquiere el derecho a una pensión por un determinado monto, preestablecido cuando la persona se afilia. El valor cotizado por los afiliados y sus rendimientos constituye un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivencia y demás prestaciones.

La clasificación de naturaleza pública del fondo común "..., no significa que los dineros son estatales, sino que pertenecen a toda la comunidad aportante" (Arenas, 2011, p. 74). El Estado garantiza el pago de las mesadas pensionales para cuando el afiliado adquiera la condición de pensionado por el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos para la causación del derecho pensional. De acuerdo con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el régimen solidario de prima media con prestación definida es administrado por Colpensiones, aun cuando se permite la existencia de cajas pensionales oficiales que acrediten solvencia suficiente para atender el pasivo pensional a su cargo o sin solvencia para atender el pasivo pensional cuando el Congreso de la República las habilita, como ocurrió con la Ley 490 de 1998 que revivió la Caja Nacional de Previsión (Cajanal), cuya liquidación como caja pensional se ordenó en la Ley 100 de 1993, la cual finalmente, mediante la expedición del Decreto 2196 de 2009 se ordenó su supresión y liquidación. El régimen pensional de prima media con prestación definida fue reglamentado por los Decretos 2527 de 2000 y 3727 de 2003.

Al desaparecer las funciones del Instituto de Seguros Sociales (ISS) como asegurador y prestador de servicios de salud y administrador de riesgos profesionales, el Gobierno Nacional con base en los artículos 54 de la Ley 489 de 199 y 155 de la Ley 1151 de 2007,

creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), que fusiona las funciones pensionales que desarrollan el ISS, Cajanal y Caprecom. Por medio de los Decreto 4936 del 29 de diciembre de 2011 y 2727 del 23 de noviembre de 2013 se establece la estructura de Colpensiones, así:

“La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el presente decreto y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el Sistema General de Seguridad Social consagrado en el artículo 48 de la Constitución”. (Decreto 4936 de 2011, art. 1)

Las funciones asignadas a Colpensiones como administrador del régimen de prima media con prestación definida se enmarcan en el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a favor de los afiliados particulares y servidores públicos; el artículo 5º del Decreto 4936 de 2011 establece sus funciones, entre las que se pueden destacar: “..., administrar en forma separada de su patrimonio los recursos correspondientes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con la ley. Determinar, reconocer y notificar los beneficios y prestaciones legales a su cargo, previas las correspondientes calificaciones y valoraciones. Administrar la nómina de quienes se les reconozcan beneficios y prestaciones, gestionar las novedades, liquidar, verificar y pagar los correspondientes beneficios y prestaciones” (Decreto 4936 de 2011, art. 5).

2.1.1 Requisitos para la pensión. A pesar de ser un régimen de prestación definida en donde el monto y los requisitos para adquirir el derecho pensional se determinan al momento de la afiliación, por razones financieras, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, endureciendo los requisitos para obtener tal derecho. Así en el artículo 33, el tiempo exigido para adquirir una pensión de vejez era de “1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo, y el requisito de edad era de cincuenta y cinco (55) años cumplidos para la mujer y sesenta (60) para el hombre. El monto de la pensión era del 65% del ingreso base de liquidación, con incrementos por cotizaciones superiores a las mil (1.000) semanas que permitían llegar hasta el 85% del ingreso base de liquidación” (Ley 100 de 1993, art. 33). Con la reforma de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, los requisitos de tiempo y edad, se fijaron así:

“Tener la mujer cincuenta y cinco años de edad y el hombre sesenta. A partir del año 2014 las edades aumentan en dos años; así la mujer debe cumplir cincuenta y siete (57) años y el hombre sesenta y dos (62) años. Hasta el 31 de diciembre de 2003 el valor de la pensión era el 65% sobre el ingreso base de liquidación, y se aumentaba el 2% por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las primeras mil semanas, para un total de 73% si acreditaba 1.200 semanas de cotización, y el 3% por cada cincuenta (50) semanas adicionales entre 1.200 y 1.400 semanas, hasta un máximo de 85% al cumplir 1.400 semanas de cotización. El valor máximo de pensión era el 85% del ingreso base de liquidación, sin ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente (smlmv), ni superior a veinte. Hasta el 31 de diciembre de 2004 el tiempo de cotización era de mil semanas. A partir del año 2005 se aumenta el tiempo de cotización hasta 1.050 semanas, y los años siguientes aumenta en veinticinco semanas hasta llegar en el año 2015 a las 1.300 semanas de cotización”. (Ley 100 de 1993, art. 33)

2.1.2 Monto de la pensión. Según el numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de enero de 2004 el monto mensual de la pensión comenzó a ser un porcentaje

decreciente que oscila "..., entre un 65%, cuando el ingreso base de liquidación es un salario mínimo, y un 55% cuando el ingreso base de liquidación es de veintiún (21) salarios mínimos", de acuerdo con la siguiente fórmula:

" $r = 65.50 - 0.50 s$, donde:
r = porcentaje del ingreso de liquidación.
s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes" (Ley 797 de 2003, art. 10, que modificó el art. 34 de la Ley 100 de 1993).

El porcentaje anterior se incrementó a partir del 1º de enero de 2005 en un "..., 1,5% por cada grupo de cincuenta (50) semanas adicionales al mínimo de semanas exigido, hasta entre un 50,5% a un 80% como máximo" (Ley 100 de 1993, art. 33), de acuerdo con el número de salarios mínimos mensuales del ingreso base de liquidación. Para el cómputo de semanas cotizadas, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 permite acreditar tiempos de cotización o de servicios, bajo las siguientes opciones:

- a.** Las semanas cotizadas en los dos regímenes del subsistema general de pensiones.
- b.** El tiempo de servicios como servidores públicos remunerados, incluyendo el tiempo de servicios en los regímenes exceptuados al cual pertenecen, entre otros, "..., los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio, el personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquellos que se vincularon a partir de la vigencia de la ley 100, y los miembros no remunerados de las corporaciones públicas" (Colpensiones, 2016, p. 1), todos los regímenes exceptuados y especiales terminaron el 31 de julio de 2010.
- c.** El tiempo de servicios como trabajadores vinculados a empleadores, que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 eran obligados por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo al pago de la pensión de jubilación, sí la vinculación laboral se hallaba vigente para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, o se iniciaba con posterioridad a la vigencia de dicha ley.

d. El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado a sus trabajadores.

e. El número de semanas cotizadas a cajas o fondos de previsión del sector particular que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a cargo el pago de pensiones de sus afiliados.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según sea el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (Ley 100 de 1993, art. 33)

El trabajador particular y el servidor público deben presentar la solicitud con la documentación requerida dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento de los requisitos para pensionarse, y en caso de no hacerlo, el empleador público o particular, está autorizado para presentar la solicitud pensional a nombre del trabajador o del servidor público. No se debe confundir la autorización para presentar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional con la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por el reconocimiento del derecho pensional y el pago de la primera mesada. De acuerdo con el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, constituye justa causa para terminar la relación laboral que el servidor público o el trabajador particular haya cumplido con los requisitos para pensionarse, y que la entidad respectiva reconozca el derecho pensional y establezca la fecha de pago para la primera mesada pensional, es decir, la fecha a partir de la cual puede darse por terminada la relación laboral. Este párrafo sustituye tácitamente al numeral 14 de las justas causas de terminación del contrato de trabajo previstas en la parte A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que señala "..., el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa" (Decreto 2351 de 1965, art. 7).

2.1.3 Pensiones especiales. El párrafo cuarto del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 exceptúa de los requisitos generales para obtener la pensión de vejez dos casos especiales, en razón a la causa que les da origen:

Las personas que padecen deficiencia física, síquica o sensorial calificada por la Junta de Calificación de Invalidez en un grado de por lo menos 50%, que cumplan cincuenta y cinco años, y hayan cotizado en forma continua o discontinua un mínimo de 1.000 semanas.

La madre trabajadora cuyo hijo padezca de invalidez física o mental, calificada por la Junta de Calificación de Invalidez, mientras permanezca en ese estado y dependiente de su madre, tendrá derecho a recibir una pensión especial de vejez, si ha cotizado el número de semanas mínimo para pensionarse. Esta pensión se suspende cuando la madre se reincorpore a la vida laboral. Si la madre ha fallecido y el padre es quien tiene la patria potestad, sustituye a la madre para recibir este beneficio pensional.

2.1.4 La indemnización sustitutiva. La Ley 100 de 1993 en el artículo 37 consagra que las personas que al cumplir la edad para pensionarse “no hayan cumplido el mínimo de semanas y se declaren en imposibilidad de continuar cotizando, tienen derecho a recibir, en sustitución de la pensión, una indemnización sustitutiva igual a un ingreso base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y a este resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado”.

Los requisitos para ser beneficiario la indemnización sustitutiva están reseñados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1° al 4° del Decreto 1730 de 2001, en el que además se explica cómo determinar el valor de la indemnización a partir de esta fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento”. (Decreto 1730 de 2001, art. 3)

2.1.5 Régimen transicional. En su artículo 36 la Ley 100 de 1993 reguló una forma de transición entre los regímenes pensionales anteriores y el régimen de prima media con prestación definida a fin de evitar el conflicto social que podrían generar las expectativas de las personas próximas a adquirir el derecho pensional en mejores condiciones a las señaladas por dicha ley. Este régimen de transición fue reglamentado por los Decretos 2527 de 2000 y 813 de 2004. Como fecha de referencia se toma el 1° de abril de 1994 por ser la fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993. El régimen de transición cobija a aquellas personas que para ese momento: “..., i) tuvieran cuarenta años o más en caso de ser hombres o treinta y cinco en el caso de las mujeres; o ii) hubieran cotizado durante quince años en una entidad previsional” (inciso 2°

modificado por la Ley 860 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-754 de 2004).

En cualquiera de los dos casos se da la posibilidad de aplicar los requisitos de edad para obtener a la pensión de vejez, el tiempo de semanas cotizadas o de servicios y el monto de la pensión de vejez establecidos en el régimen al cual se hallaban afiliados antes del 1° de abril de 1994, con la condición que posteriormente se cumpla con todos los requisitos exigidos por dicho régimen para el reconocimiento pensional.

El ingreso base de liquidación ya no es el previsto en el anterior sistema pensional sino el que prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio del ingreso base de cotización de los últimos diez años, actualizado de acuerdo al Índice de Precios al consumidor (IPC), y si el tiempo es menor de diez años, el promedio de todo el tiempo igualmente actualizado de acuerdo al IPC.”..., el IPC es un indicador que mide la variación de precios de una canasta de bienes y servicios representativos del consumo de los hogares del país” (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2008, p. 1).

2.1.6 Bono pensional. Los bonos pensionales “..., constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones” (Decreto 1299 de 1994, art. 1). Es un documento de contenido crediticio en favor de quien se traslade al sistema de ahorro individual con solidaridad y que cumpla con uno cualquiera de los siguientes requisitos: a. Haber cotizado al ISS o en alguna caja o Fondo del sector público un mínimo de 150 semanas; b. Haber

estado vinculados al Estado o a entidades descentralizadas como servidores públicos, y c. Haber estado vinculado mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, o afiliados a cajas o fondos del sector privado (Ley 100 de 1993, art. 115).

Los bonos pensionales los expide la última entidad en donde se hicieron los aportes para pensiones si el tiempo de cotización o de servicios es superior a los cinco años; si el tiempo es menor, la entidad en donde acredite mayor tiempo de afiliación o de servicios. Los bonos son de tres clases, dependiendo de cuál es la entidad emisora según lo estipula el artículo 118 de la Ley 100 de 1993.

- a. Un primer grupo lo conforman los bonos pensionales expedidos por la Nación cuando la responsabilidad de la obligación es del ISS, de Cajanal o de cualquier otro fondo o caja sustituidos por el Fondo Nacional de Pensiones.
- b. Un segundo grupo lo constituyen los bonos expedidos por las cajas o fondos que no sean sustituidos por el Fondo Nacional de Pensiones del nivel nacional.
- c. El tercer grupo está formado por los bonos expedidos por empresas, cajas o fondos del sector privado que hayan asumido exclusivamente el reconocimiento y pago de las pensiones.

En los dos últimos casos deben identificarse, además de la designación común de bono pensional, con el nombre de la entidad que lo expide. Aun cuando no sea la entidad que emita el bono pensional, no se exime de pagar la cuota parte que le corresponde de acuerdo al tiempo de servicio o de afiliación del trabajador en la entidad.

2.2 EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Como consecuencia de la crisis originada en la desfinanciación del modelo pensional de reparto simple, “..., los economistas idearon un nuevo modelo que descargara de las finanzas públicas el pasivo pensional a cargo del Estado por la carencia de reservas para financiar todo el pasivo pensional público y privado” (Torres, 2010, p. 56). El modelo propuesto, acogido en Colombia mediante la Ley 100 de 1993, se originó en Chile en 1980; está basado en la constitución de un capital a través del ahorro proveniente de la cotización obligatoria de cada afiliado, más los rendimientos financieros causados por la inversión de las sumas ahorradas. Constituido el capital, el ahorrador constituyente del capital puede pensionarse porque tiene la fuente para el pago de las mesadas pensionales.

Para que la pensión tenga un valor que no desmejore el ingreso percibido antes de pensionarse se requiere de la constitución de un capital que permita pagar la pensión en un valor similar al ingreso base de cotización. Para conformar un capital que responda a las expectativas antes mencionadas “..., es necesario un aporte continuo (el aporte mensual obligatorio más aportes voluntarios, si estos últimos son posibles), con una permanencia en este régimen pensional de por lo menos treinta años o, de ser posible, un lapso mayor, más

la rentabilidad producida por las sumas ahorradas, que no puede ser inferior en promedio, durante todo el período de ahorro, a una tasa real del 5%” (Arenas, 2011, p. 189). En el periodo de “febrero de 1998 a diciembre de 2014, los fondos de pensiones le han generado a los trabajadores colombianos, en promedio, una rentabilidad histórica real del 8,8% y una rentabilidad histórica nominal de 14,9%. Estas rentabilidades han permitido que el ahorro previsional acumulado en Colombia por parte de cerca de 12,5 millones de trabajadores afiliados a este sistema, ascienda a 154 billones de pesos, de los cuales, casi el 61% de dicho ahorro pensional representa las rentabilidades obtenidas por la gestión que han efectuado los Fondos y el 39% restante a los aportes que han efectuado trabajadores y empleadores” (Asofondos, 2016, p. 1).

Con el fin de buscar alternativas de rentabilidad, el artículo 47 de la Ley 1328 de 2009, que contiene una reforma financiera (modifica y adiciona los artículos 59, 60 y 63 de la Ley 100), creó el esquema de los multifondos para que los ahorradores puedan escoger lo que mejor se ajuste a sus necesidades, de acuerdo con la edad y los perfiles de riesgo de la inversión del capital ahorrado; así, mediante “..., una adecuada conformación de la cuenta individual de ahorro, y una eficiente gestión de los recursos por parte de las administradoras de fondos de pensiones, se obtiene un mejor retorno al final del período de acumulación de aportes, o hasta cuando el afiliado o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad pensional de retiro programado, si es del caso” (Ley 1328 de 2009, art. 47).

Asofondos, entidad que agremia a las administradoras de fondos de pensiones en Colombia, asegura que “..., gran parte de este ahorro previsional acumulado en el sistema privado de pensiones se ha invertido en las principales empresas del sector real en Colombia, mediante la adquisición de bonos o acciones emitidas por estas compañías. A diciembre de 2014, las inversiones en bonos del sector real alcanzaron los \$4 billones mientras que la inversión en acciones ascendió a \$32 billones de pesos” (Asofondos, 2016, p. 1).

Según el artículo 24 de la Ley 1328 de 2009 los multifondos presentan tres modalidades de inversión: 1. Conservador; 2. Moderado, y 3. Agresivo. En el primero, las inversiones son de riesgo mínimo y su rentabilidad es baja, como, por ejemplo, los papeles gubernamentales y los papeles de renta fija; en tanto el agresivo contiene un mayor riesgo y una mejor rentabilidad, con inversiones en renta variable en un alto porcentaje; por su parte, el moderado asume un mayor riesgo que el conservador, pero menor que el agresivo. Asofondos asegura que las inversiones se realizan en sectores que contribuyen al desarrollo de la infraestructura del país, tales como “..., el eléctrico-energético, telecomunicaciones, minero, aeronáutico, hipotecario, vial, fondos de capital privado, entre otros” (Asofondos, 2016, p.1).

El Gobierno Nacional reglamentó el funcionamiento de estos multifondos al expedir el Decreto 2373 de 2010, derogado por el Decreto 2555 de 2010, en el que se reconoce como un derecho al consumidor financiero del sistema pensional el ser informado sobre las modalidades de los multifondos y a su vez, obligó a las administradoras el deber de brindar un buen consejo al afiliados sobre la conveniencia o no de cada uno de los multifondos. En

las reglas que establezca el gobierno nacional sobre la inversión de recursos “..., debe contemplar la posibilidad de invertir en activos financieros vinculados con proyectos de infraestructura, en títulos provenientes de la titularización de cartera de microcréditos, y en títulos de deuda de empresas que se dedican a la actividad de microcréditos” (Ley 1328 de 2009, art. 51).

No cabe duda de que un sistema pensional basado en el ahorro individual le aporta un alivio fiscal al gobierno, porque la capacidad de ahorro, más la rentabilidad que proporciona, teóricamente permite constituir el capital necesario para que la persona se pensione con una mesada similar al ingreso laboral por el cual cotiza y, por tanto, el ahorrador no pierde la calidad o el nivel de vida. Sin embargo, para la conformación de ese capital la práctica no arroja el resultado esbozado, por cuanto, de una parte, “..., es necesario que el ahorrador permanezca por un lapso mínimo de treinta años (aun cuando recomiendan treinta y cinco), lapso difícil de alcanzar en economías afectadas por la inestabilidad laboral; y de otra, debido a que la inversión de ese ahorro debe producir tasas reales de por lo menos el 5% anual para acrecentar significativamente el capital a fin de obtener una buena pensión, y aquí, de nuevo, los períodos de recesión económica afectan al régimen de ahorro individual, pues en ellos no se dan las condiciones para que la inversión produzca una tasa real significativa” (Muñoz, 2011, p. 62).

Como lo indica el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual está legalmente vedado para las mujeres mayores de cincuenta años y los hombres mayores de cincuenta y cinco; además, “..., en la práctica no es aconsejable para personas mayores de

cuarenta años, quienes no podrán constituir un buen capital para pensionarse a los sesenta o sesenta y cinco años, inclusive aquellos con derecho al bono pensional clase A, porque el valor del bono no llega a reemplazar el período no ahorrado en el régimen de ahorro individual, o por los menos no existen cifras que demuestren lo contrario” (Gamboa, 2012, p. 214). Los bonos tipo A “..., se expiden a aquellas personas que se trasladan del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por los aportes cotizados al ISS hasta el 31 de marzo de 1994 responde la Nación y por los aportes cotizados al ISS a partir del 1 de abril de 1994 hasta la fecha de traslado de régimen, responde Colpensiones” (Colpensiones, 2016, p. 2).

En el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 se indican como características del régimen de ahorro individual, aquellas que se complementan con lo ordenado en la Ley 1328 de 2009, modificado por la Ley 1753 de 2015, así: los afiliados tienen derecho al reconocimiento de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, y a las indemnizaciones previstas en las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, cuando el afiliado satisfaga los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho pensional. La afiliación obliga a aportar a partir del año 2008 el 16% del ingreso base de cotización (Decreto 4982 de 2007). De este porcentaje se capitaliza “..., el 11,5% para la pensión de vejez, el 3,0% para gastos de administración y para pagar la prima del seguro que cubra el posible capital faltante en las pensiones de invalidez y de sobreviviente, y el 1,5% para el fondo de garantía de pensión mínima” (Cañón, 2013, p. 37).

Los fondos de pensiones se conforman por el conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional y de lo que resulte de los planes alternativos de capitalización, así como del porcentaje, los dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que lo integren, independiente del patrimonio de la administradora de fondo de pensiones. “El conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo, independiente del patrimonio de la entidad administradora” (Ley 100, art. 20, lit. d).

En desarrollo del principio de solidaridad, y para asegurar el pago de las pensiones mínimas, en el momento en que el afiliado no haya podido constituir el capital necesario para el pago de una pensión mínima, la Ley 797 de 2003 ordenó que una parte del aporte obligatorio se destine a un fondo de garantía de pensión mínima, el cual, aunque fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, se halla vigente, por lo que la Ley 1328 de 2009 autorizó al Gobierno para reglamentar la organización y administración de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del fondo de garantía de pensión mínima. Por lo tanto, “..., cada administradora del Régimen de Ahorro Individual deberá mantener en una cuenta separada los recursos que por concepto de “garantía de pensión mínima” recaude de sus afiliados en el monto establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2009, p. 7).

El afiliado tiene derecho a que le expidan el bono pensional clase A por las entidades obligadas, de acuerdo al artículo 115 de la Ley 100 de 1993. “El objeto de este bono es monetizar el tiempo de afiliación o de servicios que un trabajador lleve con anterioridad a la fecha de traslado de un régimen de reparto simple al régimen de ahorro individual”

(Muñoz, 2011, p. 72). Quedaron excluidos de pertenecer al régimen de ahorro individual “..., los pensionados por invalidez por el ISS o cualquier otra caja del sector público, y quienes al 1° de abril de 1994 contaban cincuenta y cinco años para el caso de los hombres, y cincuenta años para el caso de las mujeres, salvo si se hallaban en capacidad para aportar por lo menos durante 500 semanas” (Ley 100 de 1993, art. 61).

2.2.1 Sociedades autorizadas para administrar el Régimen de Ahorro Individual. El artículo 90 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 656 de 1994 indican cuáles pueden ser las sociedades que administran los fondos de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Según el Decreto Reglamentario 656 de 1994, dichos fondos “serán administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, cuya creación fue autorizada por la Ley 100 de 1991 y por la Ley 50 de 1990, respectivamente” (Decreto 656 de 1994, art. 1). “..., las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones deberán constituirse bajo la forma de sociedades anónimas o entidades cooperativas, y tendrán por objeto exclusivo la administración y manejo de fondos y planes de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según lo que al efecto dispongan las normas pertinentes” (Decreto 656 de 1994, art. 1).

2.2.2 Requisitos para la pensión de vejez. Según el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, se tiene derecho a la pensión de vejez por este régimen cuando el afiliado, dependiendo de la edad escogida, “haya constituido un capital que le permita obtener, por lo menos, una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la

Ley 100 de 1993 (23 de diciembre de 1993), reajustado de acuerdo con la variación del IPC a la fecha de liquidación de la pensión” (Ley 100 de 1993, art. 64).

A fin de establecer si el ahorrador ha constituido el capital requerido para lograr una pensión de vejez se debe calcular el período durante el cual va a recibir esa pensión, para lo cual el ahorrador determina una fecha de iniciación del pago de las mesadas; en cambio, “... la fecha en que dejará de recibir la pensión es incierta, por lo que se debe calcular con base en las tablas de mortalidad y de supervivencia que manejan las aseguradoras de vida aprobadas por la Superintendencia Financiera de Colombia” (Gamboa, 2012, p. 162).

Por mandato constitucional la mesada debe calcularse en valor constante para que no pierda su poder adquisitivo, para lo cual se reajusta el 1° de enero de cada año, de acuerdo con la variación del IPC certificado por el DANE o, si se trata de una pensión mínima, de acuerdo con el aumento del salario mínimo. Este cálculo se ve afectado por los siguientes riesgos: “a. El riesgo etario, porque el pensionado puede sobrepasar la fecha calculada como límite para recibir la pensión. b. El riesgo financiero, por un mayor aumento del porcentaje calculado en la variación del IPC, lo que lleva a que las mesadas pensionales siguientes sean de un valor mayor al proyectado, afectando los saldos de capital. c. El saldo de capital puede verse afectado si la rentabilidad esperada para los saldos de capital es inferior a la rentabilidad proyectada” (Torres, 2010, p. 119).

El artículo 45 de la Ley 1328 de 2009 autoriza al Gobierno a instituir mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que, con base en

el aumento del smlmv, podrán tener las pensiones vitalicias -inmediatas o diferidas-, si el incremento es mayor a la variación porcentual del IPC certificado por el DANE. El gobierno debe determinar los costos que resulten de la aplicación de este mecanismo de cobertura. Cuando la mujer cumple cincuenta y siete años y el hombre sesenta y dos, y no tengan el capital indicado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 pero lleven cotizando 1.150 semanas o más, tienen derecho a que el Estado aporte el faltante de capital para recibir el mínimo valor de pensión (un salario mínimo). En caso contrario, tienen derecho a la devolución del capital constituido.

El artículo 14 de la Ley 797 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, establecía para la garantía de pensión mínima que las 1.150 semanas se incrementarían anualmente a partir del 2009, en 25 semanas hasta llegar en el año 2015 a 1.325 semanas, y que el 1,5% del porcentaje de aporte se llevara a un fondo especial que garantizara el pago de una pensión mínima cuando la persona no alcanzara a constituir el capital mínimo exigido para el reconocimiento y pago de la pensión, y cumpliera con determinada densidad de cotizaciones. No obstante la inexecutableidad, el citado fondo se halla vigente por virtud del artículo 7° de la Ley 797 de 2003 que, al aumentar el porcentaje de cotización obligatoria, ordena destinar el 1,5% de la cotización obligatoria para la garantía de pensión mínima. A su vez, el artículo 46 de la Ley 1328 de 2009 autoriza al Gobierno Nacional para reglamentar la organización y administración de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del fondo de garantía de pensión mínima.

El artículo 83 de la Ley 100 de 1993 estipula que se pagará la garantía de pensión mínima cuando “..., la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente, o cuando la renta vitalicia a contratar con el capital disponible, sea inferior a una pensión mínima vigente” (ley 100 de 1993, art. 83). Los Decretos 832 de 1996 y 142 de 2006 reglamentan el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece que la administradora de fondos de pensiones “..., es la encargada de efectuar a nombre del ahorrador los trámites necesarios para hacer efectivas las garantías de pensión mínima. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que reciba el ahorrador o sus beneficiarios sean superiores a las que se reciba como pensión mínima, no habrá derecho a la garantía estatal”.

Le corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda “..., reconocer la garantía de pensión mínima con base en la información que le suministre la administradora a cuyo cargo se halla el trámite del reconocimiento de la garantía” (decreto 832 de 1996, art. 4); además, establecer las fórmulas que permitan calcular el saldo faltante de la cuenta individual para cubrir una pensión mínima vitalicia, consultando los precios vigentes en el mercado de las pólizas de renta vitalicia.

2.2.3 Modalidades de pensión. Conforme a lo señalado en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad puede escoger el pago de la pensión bajo tres modalidades: renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia.

2.2.3.1 Renta vitalicia. Instituida en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993 faculta al afiliado, con la asesoría de la sociedad administradora de fondos de pensiones, contratar con una aseguradora el pago de la pensión mensual para él y sus beneficiarios; en caso de muerte, y por el tiempo en que tengan derecho, el valor de la mesada debe ser uniforme en términos de poder adquisitivo constante y no puede ser inferior a la pensión mínima vigente. El capital constituido en la cuenta individual se destina al pago de la prima única en favor de la aseguradora. La sociedad administradora es la encargada de efectuar la reclamación a nombre del pensionado. “El riesgo etario y los riesgos financieros los soporta la aseguradora” (Gamboa, 2012, p. 251), por lo que estos seguros son del tipo colectivo para efectos de repartir el riesgo entre el grupo asegurado.

2.2.3.2 Retiro programado. Modalidad pensional instituida en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 que permite al afiliado o sus beneficiarios obtener la pensión de la sociedad administradora del fondo de pensiones, con cargo al capital constituido para la fecha de pensionarse, calculada anualmente en unidades de valor constante al dividir el saldo del capital constituido por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. “La pensión mensual es una doceava parte de esta anualidad” (Ley 100 de 1993, art. 81). Se debe establecer en primer lugar el valor de la unidad de renta vitalicia y, con base en este valor, establecer el capital necesario para pagar la unidad de renta vitalicia. En este caso el riesgo etario y los riesgos financieros antes mencionados los padece el ahorrador.

El beneficio de la pensión por retiro programado exige que el saldo del capital en la cuenta del afiliado no sea menor al exigido para lograr una renta vitalicia por un salario mínimo para él o sus beneficiarios. “Cuando la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente se deberá efectuar el trámite del pago de la garantía estatal de pensión mínima” (Torres, 2010, p. 127). Si un afiliado fallece sin beneficiarios y queda un saldo del capital, este ingresa a la masa sucesoral.

La sociedad administradora de fondos de pensiones debe mantener un control permanente sobre los saldos, de forma que cuando llegue al límite del capital que permite pagar una renta vitalicia por valor de un salario mínimo mensual, debe contratar de inmediato, con una aseguradora de elección del afiliado, una pensión de renta vitalicia. La omisión de la sociedad administradora en este control la obliga a aportar el capital faltante.

2.2.3.3 Retiro programado con renta vitalicia. Es una combinación de las dos anteriores y tiene dos etapas, comenzando con la modalidad de retiro programado y finalizando con la renta vitalicia. El manejo de los recursos recibidos de los afiliados corresponde a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, las cuales deben invertirlos en actividades de menor riesgo financiero y de máxima rentabilidad, pues es allí donde está el éxito del sistema. “Estas sociedades administradoras se constituyen como sociedades anónimas o como del sector solidario de la economía, y son vigiladas por la Superintendencia Financiera; además, deben estar afiliadas al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y reconocer una rentabilidad mínima para los dineros recaudados”

(Gamboa, 2012, p. 258). A su vez, el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 facultó a la Superintendencia Financiera para autorizar otras modalidades de pensión, facultad que ejerció a través de la Circular 013 de abril de 2012 y en la que autorizó de manera general las siguientes modalidades de pensión:

2.2.3.4 Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto. “Corresponde a pagos de mesadas pensionales a partir del mes siguiente a aquel en que termina el período de diferimiento y hasta la pérdida del derecho del pensionado y del último de los beneficiarios de ley, momento en el cual cesa la obligación, si dicha pérdida se presenta durante el período de diferimiento la aseguradora pagará el capital correspondiente a esta renta, efectuadas las deducciones previstas en el plan de pensiones respectivo” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2012, p. 4).”El pensionado contrata simultáneamente con una aseguradora de su elección el pago de una renta temporal cierta y el pago de una renta vitalicia de diferimiento cierto, que inicia una vez expire el periodo de diferimiento cierto y dura hasta el fallecimiento del pensionado o del último beneficiario de ley” (Niño, 2016, p. 22).

2.2.3.5 Renta temporal variable con renta vitalicia diferida. “Es la modalidad de pensión en la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección una renta vitalicia que se pagará a partir de una fecha posterior al momento en que se pensiona, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional los recursos suficientes para que la sociedad administradora de fondo de pensiones le pague, con cargo a dicha cuenta, una renta temporal durante el período comprendido entre el momento en que se pensiona y la fecha

en que la renta vitalicia comience a ser pagada por la aseguradora” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2012, p. 5). El tiempo para tener este tipo de pensión está entre uno a diez años y el pensionado es el que toma la decisión, y escoge si quiere una pensión más alta o baja al inicio o al final del tiempo de pensión.

2.2.3.6 Retiro programado sin negociación de bono pensional. “El retiro programado sin negociación del bono pensional es la modalidad de pensión en la cual el afiliado se pensiona, de manera anticipada a la fecha de redención del bono pensional emitido, bajo la modalidad de retiro programado descrita en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, sin necesidad de negociar el citado bono” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2012, p. 6). El capital que se requiere para este tipo de pensión debe cubrir el 130% de las mesadas solicitadas desde el momento en que se apruebe la pensión hasta que se redima el bono pensional.

2.2.3.7 Renta temporal con renta vitalicia inmediata. “La renta temporal con renta vitalicia inmediata es la modalidad de pensión en la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección el pago de una renta vitalicia inmediata a partir de la fecha en que se pensiona, reteniendo en la cuenta individual de ahorro pensional los recursos suficientes para que la sociedad administradora de fondos de pensiones le pague, con cargo a dicha cuenta y de manera simultánea a la Renta Vitalicia Inmediata, una renta temporal durante el período acordado con la sociedad administradora” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2012, p. 7). El pensionado escoge entre 1 a 10 cuánto tiempo quiere tener la renta temporal variable, y en ese período recibe dos pagos simultáneos: la renta temporal

variable por parte de la administradora y una renta vitalicia por parte de la aseguradora. Estas nuevas modalidades de pensión permiten al futuro pensionado obtener montos diferentes de pensión o incluso pensionarse sin que se haya negociado el bono pensional, lo que evidencia una mayor flexibilidad frente a la modalidades iniciales de la Ley 100 de 1993.

2.2.4 Excedentes de libre disponibilidad. De acuerdo con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, el requisito para conseguir la pensión de vejez es tener un capital que le permita el pago de una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo mensual. Puede ocurrir que se llegue a constituir un capital en una cuantía que supere las expectativas pensionales y el ahorrador considere que no requiere de un monto pensional mayor al planeado, entonces se da la figura de un capital sobrante que la Ley 100 de 1993 denomina excedentes de libre disponibilidad. Para determinar si se dan estos excedentes, el artículo 85 de la Ley 100 de 1993 exige el cumplimiento de dos requisitos:

“a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al 70 % del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva; b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110 %) de la pensión mínima legal vigente”. (Ley 100 de 1993, art. 85)

Si el valor correspondiente a excedentes de libre disponibilidad se halla representado en un bono pensional, el titular podrá destinarlo para la compra, en condiciones preferentes, de acciones de empresas públicas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 125 de la Ley 100 de 1993.

2.2.5 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 de 2012, art. 1). La Ley 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto 288 de 2014, introdujo una posibilidad para la pareja cuando ninguno de sus miembros lograra cumplir con los requisitos para adquirir el derecho pensional de vejez. En palabras de Muñoz (2013), “..., se introduce la figura de la pensión familiar como una nueva institución dentro de las prestaciones económicas reconocidas por el sistema general de pensiones colombiano” (p. 10). El espíritu de esta ley es permitir a la pareja adquirir la pensión de vejez cuando no se ha podido individualmente cumplir con los requisitos exigidos. Al igual que en la Ley 71 de 1988 se autorizó sumar cotizaciones al ISS, y tiempos de cotización y de servicios como funcionarios públicos, en este caso se autorizó sumar el capital ahorrado de la pareja cuando esté afiliada al régimen de ahorro individual, o las semanas cotizadas si está afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Si la pareja está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad se exige que sean pareja con un mínimo de cinco años de relación conyugal o convivencia permanente y no haber podido constituir el capital suficiente para causar una pensión igual o superior al 110% del salario mínimo mensual. Al sumar los ahorros por cotizaciones obligatorias, el bono pensional, si lo hubiere, y los aportes voluntarios, la pareja obtiene el capital necesario para la pensión de vejez y adquiere el derecho pensional, o si no lo logra tiene

derecho a la garantía de pensión mínima, a cargo del Estado (Ley 1580 de 2012, art. 2). El titular de la pensión es quien ha reunido el mayor capital ahorrado, es cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y su cónyuge o compañero está afiliado en condición de beneficiario. “En caso de fallecimiento, se causa la pensión de sobreviviente, y el 50% correspondiente al fallecido se reparte la mitad al cónyuge o compañero sobreviviente, y el 50% restante a los hijos menores de dieciocho años, los estudiantes de tiempo completo hasta los veinticinco años y los hijos inválidos con dependencia económica, y con derecho a acrecer de acuerdo con las disposiciones legales” (Ley 1580 de 2012, art.2, lit. f)).

En caso de separación de cuerpos o de divorcio se extingue la pensión familiar y el saldo no consumido engrosa el patrimonio de la sociedad conyugal, excepto si se recibe bajo la modalidad de renta vitalicia, “..., en cuyo caso se divide el valor de la mesada y se entrega como beneficio económico periódico” (Ley 1580 de 2012, art. 2, lit. i). Al fallecer ambos cónyuges o compañeros sin beneficiarios, el saldo de capital va para la masa sucesoral. Si la pareja se halla afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se exige, además, que sean “..., pareja con un mínimo de cinco años, cotizantes al sistema general de seguridad social en salud y no haber alcanzado el número de semanas para tener derecho a la pensión de vejez y a la indemnización sustitutiva. Al sumar las semanas cotizadas, la pareja obtiene el número de semanas exigidas para la pensión de vejez y adquiere el derecho pensional” (Ley 1580 de 2012, art. 3). A los cuarenta y cinco años de edad, debe tener un mínimo de 25% de semanas cotizadas de las 1.300 exigidas para el año 2015.

Únicamente se admite la suma de semanas cotizadas para las personas clasificadas en los niveles I y II del Sisben y la mesada pensional no puede exceder de un salario mínimo mensual (Ley 1580 de 2012, art. 3, lit. k). En caso de separación de cuerpos o de divorcio se extingue la pensión familiar y cada cónyuge o compañero tendrá derecho a un beneficio económico periódico equivalente al 50% de lo que recibían por pensión familiar. El titular de la pensión es quien haya reunido el mayor número de semanas cotizadas. En caso de fallecimiento se causa la pensión de sobrevivientes, y el 50% correspondiente al fallecido se reparte la mitad al cónyuge sobreviviente y el 50% restante a los hijos menores de dieciocho años, los estudiantes de tiempo completo hasta los veinticinco años, y los hijos inválidos con dependencia económica y con derecho a acrecer, de acuerdo con las disposiciones legales.

2.2.6 Pensión de invalidez. Además de la pensión de vejez, el sistema pensional prevé que cuando una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad común o de un accidente común, queda impedida para obtener un ingreso de las mismas características que recibía antes de producirse la pérdida, por lo que debe reconocerse una pensión que le permita un ingreso sustitutivo. Los requisitos para el reconocimiento y el monto del valor de la pensión son iguales para los dos regímenes pensionales de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012, el origen de la pérdida de capacidad laboral y un posible estado de invalidez lo determina, en primera

instancia, el ISS, Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud (EPS). El dictamen de primera oportunidad deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base para tomar la decisión, así como la forma y oportunidad para que el interesado pueda manifestar su inconformidad y transferir la calificación a la junta regional.

Cuando el interesado no esté de acuerdo con la calificación de primera oportunidad, debe declararlo en los 10 días posteriores, y la entidad le corresponderá remitir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional en los 5 días siguientes; la decisión puede ser recurrida mediante apelación en segunda instancia ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para lo cual esta última tiene un término de cinco días. Si la calificación de pérdida de capacidad laboral es inferior en no menos del 10% a los límites que califican el estado de invalidez, obligatoriamente debe pasar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y, en segunda instancia, a la Junta Nacional.

Cuando en una enfermedad común o un accidente común haya un concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, la Administradora de Fondo de Pensiones debe aplazar la calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal y reconocerle a la persona el auxilio monetario por igual valor al que venía recibiendo, el cual debe ser pagado con cargo al seguro previsional por invalidez o sobrevivencia (Decreto 019 de 2012, art. 142). El concepto de rehabilitación debe ser expedido por la EPS antes de los primeros 120 días de incapacidad temporal y enviado a la

administradora de fondos de pensiones a la cual está afiliada la persona, antes de los ciento cincuenta días. Si la EPS no expide el concepto de viabilidad de la rehabilitación debe pagar el auxilio monetario después de los 180 días de incapacidad temporal, de sus propios recursos y hasta cuando emita el concepto.

Los dictámenes sobre la pérdida de capacidad laboral se califican teniendo en cuenta el manual de calificación de invalidez que establece tres factores de medición: a. La deficiencia, definida como la pérdida física o funcional de un órgano o miembro del cuerpo humano, hasta un 50% de valor. b. La discapacidad, que consiste en la pérdida de la función de un órgano o miembro del cuerpo humano y hasta un 20% de valor. c. La minusvalía, que es el menor valor laboral de la persona como consecuencia de las dos primeras, con un 30% de valor. La sumatoria de los porcentajes que arrojen cada uno de estos tres factores es el total de pérdida de capacidad laboral. El valor de la pensión de invalidez varía dependiendo de la pérdida de la capacidad laboral que haya determinado la junta de calificación:

a. Si la disminución de la capacidad laboral está entre el 50 y el 66%, se otorga el 45% del ingreso base de liquidación, más un 1,5% por cada cincuenta semanas cotizadas sobre las primeras quinientas semanas, sin exceder del 75% del ingreso base de cotización definido por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. b. Si la disminución de la capacidad laboral es de o superior al 66%, se otorga el 54% del ingreso base de liquidación, aumentado en un 2% por cada cincuenta semanas cotizadas por encima de las primeras ochocientas semanas. La

pensión de invalidez máxima es del 75% del ingreso base de liquidación y la mínima es de un salario mínimo legal.

2.2.7 La pensión de sobrevivientes. Se causa el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte del pensionado por invalidez o por vejez, y por la muerte del afiliado activo. Con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobreviviente por la muerte del pensionado por invalidez o por vejez se denominaba sustitución pensional. Los requisitos para el reconocimiento y el monto del valor de la pensión son iguales para los dos regímenes. Si el fallecido es un pensionado, el derecho pensional pasa automáticamente al grupo familiar. Si el fallecido es un afiliado, se debe acreditar la muerte por enfermedad (incluye el suicidio) o por accidente (incluye el homicidio), y cincuenta semanas de cotización.

Tienen derecho a esta pensión los miembros del grupo familiar del fallecido. “Constituye el grupo familiar del beneficiario de la pensión: en primer lugar, el cónyuge o compañero(a) permanente en un 50%; el 50% restante, y con derecho a acrecer, es para los hijos menores de dieciocho años; los mayores entre los dieciocho y los veinticinco años de edad impedidos para trabajar por razón de sus estudios; los dependientes económicos del fallecido, y los hijos inválidos con dependencia económica” (Gamboa, 2012, p. 231). En el caso del cónyuge o compañero(a) permanente, las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se regulan de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Si el causante se hallaba afiliado al régimen de ahorro individual, el saldo de capital, en el caso del pensionado, o el capital constituido, si era un afiliado activo, y no existe ningún

beneficiario de la pensión de sobrevivientes, va a la masa sucesoral. En el caso de los hijos con derecho a la pensión de sobrevivientes, la Ley 1574 de 2012 reguló la condición de estudiante para adquirir este derecho.

El monto de la pensión es: “a) Del 100% cuando el fallecido recibía pensión de invalidez o de vejez. b) Si el fallecido era un afiliado activo, el 45% del ingreso base de liquidación, más un 2% por cada cincuenta semanas adicionales a .las primeras quinientas semanas cotizadas, sin exceder el 75% del ingreso base de liquidación” (Ley 100 de 1993, art. 48). Además, por la muerte del afiliado o pensionado se reconoce un auxilio funerario adicional a la pensión de sobreviviente igual al valor de una mesada pensional, sin que dicho valor sea inferior a cinco veces ni superior a diez veces el smlmv (Ley 100 de 1993, art. 86); se paga a quien acredite haber cancelado los gastos funerarios.

Respecto de la financiación de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual, se debe tener en cuenta que como son los mismos requisitos e iguales las cuantías a las determinadas dentro del régimen de prima media con prestación definida, para la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se hallaba afiliado el beneficiario de la pensión, es necesario tener el capital constituido para el pago de las mesadas pensionales. Estas pensiones pueden recibirse por las modalidades de retiro programado, renta vitalicia y retiro programado con renta vitalicia.

El principio de solidaridad se concreta en el sistema general de pensiones así: en la existencia de un fondo de solidaridad pensional creado en los artículos 25 y 26 de la Ley

100 de 1993 que tiene por objeto subsidiar los aportes al sistema pensional de los trabajadores asalariados o independientes que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte; el fondo tiene una subcuenta de subsistencia destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico (Ley 100 de 1993, art. 13). El régimen pensional de prima media es un régimen solidario de prestación definida que según sus criterios financieros practica la solidaridad entre sexos y entre generaciones. Y el régimen de ahorro individual se llama también de solidaridad porque contiene algunos mecanismos solidarios, principalmente a través de la garantía estatal de pensión mínima

Con lo expuesto hasta aquí se puede concluir que las últimas reformas legales al sistema general de pensiones, en especial con la promulgación de la Ley 797 del 2003, es claro que el panorama de las pensiones es muy complejo en ambos regímenes: es evidente que la pensión de vejez, en el régimen de ahorro individual es costosa para el afiliado y que lo es más, si se desea una mejor cuantía; y es también evidente que esta pensión, en el régimen de prima media, es lejana en el tiempo y reducida en cuantía, respecto del ingreso laboral del afiliado.

2.3 RETÉN SOCIAL

El retén social, fue creado mediante la Ley 790 de 2002, “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República”, con el fin de otorgar

un régimen de protección especial, en favor de las personas próximas de adquirir una pensión y así evitar su desvinculación dentro del proceso de renovación de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional. El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección especial para algunos grupos poblacionales, entre los que se cuentan los servidores públicos, al señalar:

“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”. (Ley 790 de 2002, art. 12)

La protección especial conferida por la Ley 790 de 2002 a ciertos grupos poblacionales obedeció a una reestructuración estatal que exigía suprimir algunos cargos al liquidar las entidades en que se desempeñaban los servidores públicos afectados con esta decisión de renovación y modernización de la planta de personal de la Rama Ejecutiva; no obstante, “ello no es óbice para que las entidades públicas de otro orden que decidan modernizar, actualizar y modificar sus plantas de personal también diseñen programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores” (Consejo de Estado, sentencia del 30 de junio de 2011).

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-897 de 2012 se refirió a la protección especial de los prepensionados o personas próximas a pensionarse y delimitó su conceptualización a dos interpretaciones del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, así:

- “1) Que los tres años se empiecen a contar a partir del decreto que, en cumplimiento del PRAP, da inicio a la liquidación de la entidad.
2. Que los tres años se deban contar a partir del momento en que se quiera suprima el cargo y, por consiguiente, declarar insubsistente al servidor”. (Corte Constitucional, sentencia SU-897 de 2012).

Una vez analizado el contenido y alcance teleológico de la norma en comento, la Corte Constitucional llega a dos conclusiones determinantes para analizar los casos en que se atente contra la protección especial conferida cuando medie el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) estipulado en la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

- 1) Los prepensionados, o personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan.
- 2) La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado “retén social” obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez. (Corte Constitucional, sentencia SU-897 de 2012).

La Corte Constitucional también ha resaltado “que el retén social se aplica tanto a servidores en provisionalidad como de libre nombramiento y remoción, ya que de hacer diferencia entre ellos podría vulnerar los derechos a la igualdad y a la seguridad social en pensiones” (Corte Constitucional, sentencia T-638 de 2016), así mismo, el tribunal constitucional se ha referido a la estabilidad reforzada de los trabajadores del sector privado, concluyendo que “si bien para los trabajadores del sector privado no existe norma legal que determine la estabilidad laboral cuando son madres o padres cabezas de familia,

discapacitados o pre-pensionados, son los valores y principios constitucionales los que deben aplicarse en eventos donde se observe la vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social, el trabajo y la igualdad” (Corte Constitucional, sentencia T-638 de 2016).

2.4 BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, prevé la posibilidad de otorgar beneficios monetarios con un valor inferior al de una pensión mínima, esto es, un salario mínimo mensual. El artículo 87 de la Ley 1328 de 2009 (por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores) y el Plan de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450 de 2011) determinan igual política.

El Decreto 604 de 2013, expedido por el gobierno nacional el 1º de abril de 2013, responde a ese propósito, pues regula la forma cómo una persona que por sus ingresos inferiores a un salario mínimo mensual no tiene la posibilidad de cotizar el número mínimo de semanas para acceder a una pensión mínima, puede mediante el ahorro y el estímulo gubernamental a ese ahorro, constituir un capital que permita recibir mesadas hasta por el 85% de una pensión mínima. Conforme al artículo 2º del Decreto 604 de 2013, los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) se definen como:

“Un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema 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”. (Decreto 604 de 2013, art. 2)

Para ingresar al servicio social complementario de Beneficio Económico Periódico se exige que el interesado sea un ciudadano colombiano y pertenezca a los niveles I, II y III del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), la cual “es una herramienta, conformada por un conjunto de reglas, normas y procedimientos para obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los departamentos, distritos y municipios del país” (Instituto de Estudios Urbanos, 2016, p. 1). Una vez aceptado el ingreso al mecanismo BEPS, Colpensiones como administrador debe informarle de todas las condiciones, reglas, beneficios y riesgos que asume.

La persona debe ahorrar en el año, en aportes flexibles en cuantía y periodicidad, hasta un máximo que fija el Comité Intersectorial de Pensiones y Beneficios Periódicos. El Decreto 604 de 2013 fijó la base para el año 2013 en \$885.000, uno y medio salario mínimo vigente en 2013; el tope para el año 2016 era de \$940.000. Si ahorra una suma mayor, se abona la diferencia para el siguiente año.

Colpensiones debe abrir a cada ahorrador una cuenta en donde le abona el valor de lo ahorrado, los rendimientos y el incentivo periódico. Sobre el monto ahorrado, el mecanismo BEPS reconoce dos tipos de incentivos: 1) el incentivo periódico que cancela cada año el Estado e una cuantía del 20% sobre la suma ahorrada; y 2) el incentivo puntual que se da para proveer el ahorro, que puede ser en micro seguros, en la garantía de

mantener el valor adquisitivo del dinero ahorrado, o en el pago de gastos de administración que genera este programa. Para ser beneficiarios del mecanismo BEPS debe cumplir con los requisitos indicados en el artículo 11 del Decreto 604 de 2013, así:

“1. Que el beneficiario si es mujer haya cumplido 55 años de edad, o si es hombre 60 años de edad. A partir del 1° de enero de 2014 serán de 57 y 62 años, respectivamente. 2. Que el monto de los recursos ahorrados, más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima. 3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones”. (Decreto 604 de 2013, art. 11)

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, el ahorrador puede utilizar el monto del ahorro en varias alternativas propuestas en el artículo 12 del Decreto 604 de 2013. La coexistencia del sistema General de Pensiones y el mecanismo BEPS no es incompatible, a condición de que en el mismo mes no se hagan cotizaciones y ahorro. Una persona puede trasladar el monto ahorrado en el BEPS al Sistema General de Pensiones cumpliendo las reglas estipuladas en el artículo 16 del decreto reseñado.

A continuación se expondrán las diferencias entre el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de la Ley 100 de 1993, al igual que sus modificaciones o adiciones constitucionales o legislativas y el concepto de las entidades encargadas de administrar los sistemas pensionales en Colombia.

3. COMPARATIVO ENTRE EL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

3.1 RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

El régimen solidario de prima media con prestación definida es administrado actualmente por Colpensiones y permite a los afiliados o sus beneficiarios obtener una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes, o la indemnización sustitutiva también denominada devolución de saldo, según lo establecido en la Ley 100 de 1993 y que “..., deriva su nombre del hecho de que la entidad administradora calcula la cotización a pagar como una prima promedio aplicable al conjunto de la población asegurada, de manera que la cotización pueda cubrir efectivamente las erogaciones por concepto de pensiones” (Arenas, 2011, p. 226). El nombre técnico es “prima media escalonada”, porque el sistema requiere de aumentos periódicos de las cotizaciones, con el fin de balancear la relación cotizantes-pensionados, y también con el fin de generar reservas.

En Colombia, el régimen de “prima media escalonada” se fue convirtiendo en un régimen de “reparto simple”; el tratadista Colombia Puyana Silva (2005) explica que “..., la financiación de un sistema pensional es un problema generalizado, porque el sistema de reparto simple utilizado en la mayoría de los países, hizo crisis en el momento en que la base de la pirámide fue reduciéndose por disminuir el número de aportantes y aumentar el número de pensionados y así, el pago de las pensiones no pudo seguir financiándose con las

aportaciones de los afiliados activos, siendo necesario recurrir al dinero estatal para cumplir con las obligaciones pensionales, en razón a la garantía que el Estado otorgó para la viabilidad financiera del sistema de pensiones” (p. 1). Es decir, que el sistema de financiación a la manera de seguro no genera reservas y hay reparto simple cuando el sistema va consumiendo los recursos que ingresan, y a esa realidad corresponde el sistema colombiano.

El régimen solidario de prima media con prestación definida “..., es un sistema de financiamiento pensional basado en el aporte que realizan los afiliados y los empleadores, de tal manera que tanto aportes como rendimientos pasan a constituir un fondo común de naturaleza pública, permitiendo la obtención del derecho pensional de los afiliados al cumplimiento de los requisitos exigidos, así como el sostenimiento del mismo sistema” (Colpensiones, 2016, p. 1). El artículo 32 de la Ley 100 de 1993 reseña las características del régimen solidario de prima media con prestación definida, las cuales Colpensiones sintetiza así: “1) solidaridad; 2) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública; 3) Busca garantizar el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionado; 4) El pago de sus beneficios son garantizados por el Estado; y 5) El monto de la pensión, la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización están debidamente preestablecidas” (Colpensiones, 2016, p. 1).

3.1.1 Ventajas

La principal ventaja del régimen solidario de prima media con prestación definida consiste en que el afiliado tiene certeza acerca de cuándo reúne los requisitos para obtener una pensión de vejez, "..., con el requisito de edad y tiempo de cotización (Ley 100 de 1993, art. 33); también tiene certeza sobre la cuantía de esa pensión (arts; 34 y 21)" (Pedraza, 2012, p. 49).

En este régimen; el mayor tiempo de cotizaciones por encima del mínimo exigido garantiza un monto mayor de pensión (Ley 100 de 1993, art. 34).

El régimen solidario de prima media con prestación definida le ofrece al afiliado la ventaja de pagar por cotizaciones mucho menos de la que vale su pensión, al establecer, de una parte, que la cuantía de la pensión no depende de la cantidad cotizada sino del tiempo de cotización (Ley 100 de 1993, arts. 33 y 34) y, de otro lado, que los aportes por cotizaciones pertenecen a un fondo común público que garantiza el pago de las prestaciones y los gastos de administración del sistema (Ley 100 de 1993, art. 32, b).

En este régimen el requisito básico de la pensión, que es el tiempo de cotización, puede cumplirse en cualquier tiempo, continuo a discontinuo (Ley 100 de 1993, art.33). Lo que garantiza que los períodos dejados de cotizar no desvalorizan la cuantía de la pensión, pues siempre se tomará en cuenta para calcular la pensión los últimos diez años efectivamente cotizados, con actualización al momento de obtener la pensión (Ley 100 de 1993, art. 21).

En la prima media la pensión de vejez será siempre una pensión vitalicia, que se transforma en pensión de sobrevivientes al fallecer el pensionado, por el tiempo en que los beneficiarios tengan derecho, y esa pensión tendrá la misma cuantía que tenía la pensión de vejez (Ley 100 de 1993, art. 46 num. 1 y art. 48 inc. 10).

Este régimen cuenta con un régimen de transición que aplica algunas normas más favorables a quienes tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, o que tenían 35 años de edad (mujeres) o 40 años (hombres), al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (Ley 100 de 1993, art. 36).

El régimen solidario de prima media con prestación definida cuenta con la garantía del Estado para el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados (Ley 100 de 1993, art. 32).

Este sistema es solidario: la mujer recibe la misma pensión que al hombre aunque se pueda pensionar con menos edad; los cotizantes de ingresos bajos no tienen que pagar un porcentaje más alto de su ingreso para financiar su pensión; y hay también solidaridad intergeneracional: los jóvenes aportan para los ancianos y tienen derecho a una pensión para sí mismos. Además, si los salarios reales crecen de una generación a otra como debe ser el propósito de los gobiernos, entonces las pensiones aumentan en esa proporción; de esta manera, los ancianos y los inválidos se benefician del desarrollo económico.

En el régimen solidario de prima media con prestación definida las crisis económicas y del sector financiero no tendrán un impacto en el desembolso de las pensiones. Además, el monto de las pensiones no depende de factores aleatorios como la tasa de interés y la rentabilidad de las entidades financieras.

3.1.2 Desventajas

El régimen solidario de prima media con prestación definida no puede garantizar la pensión de vejez sino al cumplir la edad legal, de modo que normalmente se cumple primero el tiempo de cotizaciones, debiendo el afiliado esperar a cumplir la edad (Ley 100 de 1993, art. 34).

El régimen solidario de prima media con prestación definida es estricto en cuanto a los requisitos para conceder la pensión. Si estos requisitos no se cumplen, no hay pensión ni devolución de la cantidad cotizada; hay tan sólo una reducida “indemnización sustitutiva de la pensión” (Ley 100 de 1993, art. 37).

Para quienes aspiran a pensiones de elevada cuantía, el régimen solidario de prima media con prestación definida limita su monto a veinticinco (25) salarios mínimos legales (Ley 100 de 1993, art. 18, inc. 4°).

Este sistema tiene como principal desventaja que recibe todo el impacto de la transición demográfica, es decir, los aportes de los trabajadores jóvenes se utiliza para el pago de las pensiones, de suerte que las cotizaciones tienen que aumentar.

El régimen solidario de prima media con prestación definida es un régimen público, los aportes de la persona se manejan en un fondo común, junto con los aportes de todos los demás afiliados. En este régimen el afiliado no puede participar en la administración de sus aportes, ni tomar decisiones sobre el manejo del mismo.

En este régimen no se pueden hacer aportes adicionales para aumentar la mesada pensional, si el afiliado cotiza más semanas del tope máximo previsto para la liquidación de la pensión, estas no le serán tenidas en cuenta en el momento en que se le reconozca la pensión.

Este sistema no tiene ningún impacto sobre el ahorro, pues la garantía de la pensión a través de la cotización no genera hábitos de ahorro entre los cotizantes.

3.1.3 Problemáticas para obtener la pensión

Teniendo en cuenta lo anterior, los inconvenientes que se configuran para el reconocimiento de una pensión de vejez, es no llegar a reunir los requisitos establecidos por la normatividad vigente, como lo son las semanas y/o edad estipulada; así mismo, se puede presentar para el reconocimiento de las demás contingencias como lo es por invalidez o

muerte. Por lo anterior, Colpensiones recomienda a sus afiliados validar su historia laboral continuamente, para que así les sea posible requerir la debida corrección y/o actualización de su reporte laboral en debido tiempo y evitar inconvenientes al llegar a la edad de vejez.

Para establecer las problemáticas que afrontan los afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida se consultaron las quejas radicadas ante la Superintendencia Financiera de Colombia durante los últimos cinco años (2011-2015), obteniendo que para la pensión de vejez la queja más recurrente es la indebida atención al consumidor financiero, o sea la queja es por el mal servicio que ofrece Colpensiones. Así mismo, son recurrentes las quejas por la mora en el pago o en el reconocimiento de la mesada pensional, la desatención en la prestación a reconocer, demora injustificada en la certificación de historias laborales, inconsistencias en los aportes realizados y la comprobación de múltiples vinculaciones. Durante el período 2011-2015 también se evidenciaron quejas por dilación del pago o error en la emisión del bono pensional, inconsistencias en los extractos entregados a los afiliados, inadecuado suministro de información en la vinculación al régimen pensional; además, de quejas por la suplantación presunta de personas para cobrar pensiones y la vinculación presuntamente fraudulenta con tal fin.

En la gestión de la pensión de sobrevivientes los usuarios del régimen solidario de prima media con prestación definida durante el lapso 2011-2015 debieron afrontar injustamente la mora en el pago o reconocimiento de esa pensión, dificultades para reconocer su calidad de beneficiarios y la desatención en el reconocimiento de dicha prestación. Otras quejas

reportadas a la Superintendencia Financiera de Colombia incluyen para acceder a la pensión de sobrevivientes es que los reclamantes encontraron la múltiple vinculación del fallecido, errores en los aportes realizados y la suplantación presunta de personas interesadas en exigir el pago de esa prestación de manera ilegal.

Los afiliados que tramitaron la pensión de invalidez por enfermedad común cubierta por el régimen solidario de prima media con prestación definida durante el lapso 2011-2015 enfrentaron los siguientes problemas: demora injustificada en la calificación de la incapacidad o invalidez, mora en el pago o reconocimiento de la pensión, indebida atención por parte de Colpensiones y desatención en la prestación a reconocerse.

3.2 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La pensión de vejez del régimen de ahorro individual con solidaridad fue creada con la promulgación de la Ley 100 de 1993, y no tenía precedentes en el sistema jurídico colombiano. Corresponde a un método de financiación de pensiones y su nombre se origina en la característica básica de que financia las pensiones a través del mecanismo de una cuenta individual de ahorro, manejada por la entidad administradora, es decir, que las cotizaciones de cada afiliado están dirigidas a financiar su propia pensión.

El régimen de ahorro individual con solidaridad centra su efectividad en la acumulación del capital pensional en la cuenta individual de cada afiliado, dejando de lado otros requisitos.

La pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la cuenta individual de

ahorro pensional el capital requerido para financiar dicha pensión, y su cuantía será proporcional a los valores acumulados, pero nunca podrá ser inferior al valor del salario mínimo vigente.

3.2.1 Ventajas

El régimen de ahorro individual con solidaridad es un régimen flexible, pues no exige requisitos formales sino el cumplimiento de una condición financiera que consiste en reunir en cuenta individual un capital que permita financiar la pensión (Ley 100 de 1993, art. 64).

El régimen de ahorro individual con solidaridad tiene una garantía estatal para quienes hayan cotizado largo tiempo (1150 semanas) y lleguen a cierta edad (57 años las mujeres y 62 años los hombres) sin haber financiado por lo menos una pensión mínima. La garantía consiste en que en tal circunstancia el Estado garantiza el pago del saldo faltante para financiar una pensión equivalente al salario mínimo (Ley 100 de 1993, art. 65).

Si el afiliado tiene la capacidad de pensionarse con el máximo establecido por la ley, y demás le sobra capital, la administradora de fondos de pensiones le devolverá ese monto sobrante para que el trabajador disponga de él con total libertad.

En caso de que no se obtenga pensión ni se acceda a garantía estatal, el régimen de ahorro individual con solidaridad garantiza la devolución del saldo de la cuenta individual pensional, con todos sus rendimientos (Ley 100 de 1993, art. 66).

El régimen de ahorro individual con solidaridad ofrece a sus afiliados algunos servicios financieros adicionales, tales como los excedentes de libre disponibilidad (Ley 100 de 1993, art. 85), los planes alternativos de capitalización y pensiones (Ley 100 de 1993, arts. 87 y 88) y, la posibilidad de garantizar créditos de vivienda y educación con su capital pensional (Ley 100 de 1993, art. 89).

Los afiliados a este régimen pueden escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, lo que determina una competencia que puede mejorar la calidad de los servicios y opciones del mismo (Ley 100 de 1993, art. 60, c). Las comisiones, seguros y porcentajes de rentabilidad son publicados mensualmente por la Superintendencia Financiera de Colombia y deben ser fijados por las administradoras de fondos en lugares de atención al público para que los usuarios conozcan el comportamiento de esas variables de todas las entidades.

Los afiliados del régimen de ahorro individual con solidaridad tienen también libertad para trasladarse entre los diversos fondos que gestionan las administradoras, dentro de un mecanismo denominado "esquema multifondos", en el que los afiliados, una vez informados, elijan el que mejor se ajuste a su edad y perfil de riesgo (Ley 100, de 1993, art. 59, modificado Ley 1328, art. 47; Ley 100, art. 60, c, modificado Ley 1328, art. 48). A partir del 1º de octubre de 2016 es obligatorio que las administradoras de fondos de pensiones ofrezcan asesoría confiable para que sus afiliados tomen la mejor decisión que les favorezca.

El conjunto de cuentas pensionales conforman los fondos de pensiones, cuyos aportes y rendimientos son de propiedad de los afiliados y no de la sociedad administradora (Ley 100 de 1993, art. 60, d, modificado Ley 1328, art. 48; Ley 100, art. 97, modificado Ley 1328, art. 50; Ley 100, art. 101, modificado Ley 1328, art. 52). Cada afiliado administra su propia cuenta, tanto en de la cotización obligatoria, ahorro voluntario y rentabilidad de sus cotizaciones.

Con el régimen de ahorro individual con solidaridad se aumenta el ahorro nacional y se fortalece el mercado de capitales, además de que hace crecer el mercado de los seguros. “Gran parte de este ahorro previsional acumulado en el sistema privado de pensiones se ha invertido en las principales empresas del sector real en Colombia, mediante la adquisición de bonos o acciones emitidas por estas compañías” (Asofondos, 2016, p. 1).

En este sistema hay una relación estrecha entre cotizaciones y pensiones, de modo que la cotización y esfuerzo de ahorro voluntario de cada afiliado financia su propia pensión. Si el capital acumulado no alcanza para financiar la pensión, la administradora lo devuelve en forma de pago único.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, “en caso de muerte del afiliado o pensionado, si no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los saldos acumulados en la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante” (OldMutual, 2016, p. 3).

Al existir varias administradoras del ahorro pensional existe competencia que aumenta la eficiencia y la rentabilidad.

3.2.2 Desventajas

Aunque formalmente el ahorro individual no exige requisitos de edad ni de cotizaciones para acceder a las pensiones, hay varios casos en que éstos son exigidos expresamente: el régimen exige edades específicas para acceder a la garantía estatal (Ley 100 de 1993, art. 65) y, también, para hacer efectivos los bonos pensionales por traslado a este régimen (Ley 100 de 1993, art. 67, modificado por Decreto Ley 1299 de 1994); exige igualmente tiempo de cotización para acceder a la garantía estatal (Ley 100 de 1993, art. 65) y para reconocer pensión cuando el afiliado ingresó al régimen con 55 años o más (Ley 100 de 1993, art. 61, b).

En el régimen de ahorro individual con solidaridad no toda la cantidad cotizada se deposita en la cuenta individual de ahorro pensional: en efecto, del total cotizado hay que deducir un porcentaje para primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y los gastos de administración (Ley 100 de 1993, art. 20, modificado por Ley 797). Adicionalmente, las entidades administradoras del ahorro individual están autorizadas para descontar comisiones de administración por el manejo de cotizaciones voluntarias (Ley 100 de 1993, art. 104) y otras comisiones previstas en las reglamentaciones, como las que se causan por traslado de administradora.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad la cuantía de las pensiones no tiene certeza legal alguna, pues el sistema cumple su objetivo garantizando una cuantía mínima de la pensión, cercana al salario mínimo (Ley 100 de 1993, art. 64). La cuantía real de la pensión depende de la modalidad de pensión elegida, ya sea por efectuar retiros a la cuenta (“retiro programado”) o según la cuantía ofrecida como renta vitalicia por una aseguradora a cambio del capital pensional (“renta vitalicia”).

Aunque el régimen de ahorro individual con solidaridad individual parte de la idea de la posibilidad de pensionarse sin requisitos de edad y sin límites en la cuantía de las pensiones, la existencia de una norma como la de “garantía de pensión mínima de vejez” (Ley 100 de 1993, art. 65), pone de presente que aun habiendo cotizado 1150 semanas es posible que no se haya reunido el capital para una pensión mínima, lo que evidencia que no es fácil reunir un capital pensional que garantice una pensión de alta cuantía.

La efectividad del régimen de ahorro individual con solidaridad depende de que se produzcan altas tasas de rendimiento.

En este sistema los costos administrativos necesariamente son elevados por la necesidad de competencia entre las administradoras y por la ausencia de economías de escala. Además, esos costos recaen con mayor intensidad en los estratos de menores ingresos.

3.2.3 Problemáticas para obtener la pensión

Para evidenciar la problemática que afrontan los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad para tramitar la pensión de vejez se consultó la base de datos de la Superintendencia Financiera de Colombia, encontrando que el mayor número de quejas se relacionan con las inconsistencias en los aportes obligatorios administrados por las administradoras de fondos de pensiones (AFP), la indebida atención al consumidor financiero brindada por las AFP y las inconsistencias en los extractos de los afiliados. Igualmente, los afiliados cuando gestionan la pensión de vez en este sistema afrontan inconvenientes como la desatención en la prestación a reconocer, dilación injustificada en el pago o emisión del bono pensional, demoras en las certificaciones de historia laboral, mora en el pago o el reconocimiento de la pensión de vejez y la detección de la múltiple vinculación. También son notorias las reclamaciones por los rendimientos acreditados a las cuentas de ahorro individuales y la vinculación presuntamente fraudulenta del solicitante de la pensión.

Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad individual afrontan como principal problemática la desatención de la AFP para el reconocimiento de la prestación, la mora en el pago o en el reconocimiento de la pensión y la indebida atención. Los beneficiarios también se quejan por la dilación en el pago, error o no emisión de los bonos pensionales, inconsistencias en los extractos y dificultades para comprobar la calidad de beneficiarios.

Durante el período 2011-2015 los solicitantes de la pensión de invalidez por enfermedad común en el régimen de ahorro individual con solidaridad individual se quejaron por la desatención en la prestación a reconocerse, la mora en el pago o en el reconocimiento de la prestación, la indebida atención recibida por parte de las administradoras de los fondos de pensiones y la demora injustificada en la calificación de la incapacidad o invalidez.

Los afiliados que realizaron ahorros voluntarios al régimen de ahorro individual con solidaridad individual cuando tramitaron la pensión se quejaron ante la Superintendencia Financiera de Colombia, durante 2011-2015, inconsistencias en los aportes voluntarios, incumplimiento y/o modificación en los aspectos contractuales, indebida atención por parte de las administradoras e inconsistencias en los extractos de sus ahorros voluntarios al sistema pensional. También se evidencian quejas por los rendimientos acreditados a las cuentas de pensión voluntaria y por pérdida o desvalorización de los ahorros.

4. CONCLUSIONES

El sistema general de seguridad social está conformado por una serie de instituciones, normas y procedimientos con que cuentan las personas a fin de gozar de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, propósito este que cumple con el objetivo de crear mecanismos para proteger a la persona y a la comunidad de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica, para el logro del bienestar del individuo y la integración de la comunidad.

El sistema general de pensiones fue establecido en el libro primero de la Ley 100 de 1993, artículos 10 al 151, con el objeto de garantizar el amparo contra contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Está integrado por dos regímenes incompatibles entre sí: el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y el régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Sin embargo, se permite el traslado entre regímenes pensionales siempre y cuando el afiliado tenga una permanencia mínima de 5 años en alguno de ellos y le falten más de 10 años para cumplir con la edad exigida para la pensión de vejez.

El sistema de pensiones ha tenido además un amplísimo desarrollo reglamentario, pero aparte de ese marco normativo legal y reglamentario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto de control constitucional como de tutela, se ocupa del sistema de pensiones.

Según la Ley 100 de 1993 se otorga pensión de vejez a las personas mayores de sesenta y dos años (si son varones) o cincuenta y siete años (sin son mujeres) que en virtud del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 tengan 1.300 semanas cotizadas a partir del año 2015. Es incompatible la pensión de vejez con la pensión de invalidez para recibirlas simultáneamente.

La pensión de invalidez se otorga a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos que merecen una especial protección porque tienen una incapacidad valorada en más del 50%. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, estipula que la pensión de invalidez causada por enfermedad o por accidente exige haber cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o del hecho causante de la misma. La excepción a esta norma se presenta en el caso del afiliado que habiendo cotizado el 75% de las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez únicamente requiere cotizar 25 semanas en los últimos tres años.

La pensión de sobreviviente es una prestación económica reconocida a favor del integrante o integrantes de grupo familiar del trabajador o pensionado que fallece. Es un derecho fundamental, cierto, indiscutible e irrenunciable que responde a los principios de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados. Al ser completamente distinta a la pensión de vez o de invalidez puede existir compatibilidad, por ejemplo, entre quien devenga una pensión de vejez y luego adquiere una de sobrevivientes.

En el régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tiene la característica de ser un régimen solidario, que incluye una prestación definida la cual procede de los aportes en común de todos los afiliados y los rendimientos de esos dineros, acumulados a través de las cotizaciones obligatorias; por lo tanto, no es posible realizar aportes voluntarios y el valor de la pensión depende del salario base de cotización y el número de semanas cotizadas. En todo caso, el Estado colombiano es garante de este derecho fundamental. Este régimen reconoce el pago de tres pensiones, según el caso: pensión de vejez, invalidez por riesgo común y de sobrevivientes. Para tener el derecho a la pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida se requiere cumplir con una regla técnica que incluye la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización así como las demás condiciones que señala la ley. En todo caso, la regla constitucional exige que ninguna pensión pueda ser inferior a un salario mínimo, ni superior a veinticinco salarios mínimos.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por diversas administradoras de fondos de pensiones, cada afiliado tiene una cuenta individual, no obstante es un sistema solidario que garantiza la pensión mínima siempre y cuando se cuente con el dinero ahorrado necesario para tal derecho, el cual se hace de manera obligatoria a través de la cotización mensual o de aportes voluntarios. Este régimen reconoce el pago de tres pensiones, según el caso: pensión de vejez, invalidez por riesgo común y de sobrevivientes, así como de indemnizaciones teniendo en cuenta los aportes realizados. El valor de la pensión depende de los aportes obligatorios y voluntarios realizados por el afiliado. La pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con

solidaridad se obtiene cumpliendo el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley. La regla constitucional exige que ninguna pensión pueda ser inferior a un salario mínimo.

El panorama del sistema pensional colombiano es muy complejo, es evidente que la pensión de vejez, en el régimen de ahorro individual es costosa para el afiliado y que lo es más, si se desea una mejor cuantía; y es también evidente que esta pensión, en el régimen de prima media, es lejana en el tiempo y reducida en cuantía, respecto del ingreso laboral del afiliado.

Las problemáticas que afrontan los usuarios del régimen solidario de prima media con prestación definida difieren según el tipo de derecho que se tramite, en el caso de la pensión de vejez las quejas más recurrentes son la indebida atención por parte de Colpensiones, la mora en el pago o en el reconocimiento de la pensión y la desatención en la prestación a reconocerse. En la gestión de la pensión de sobrevivientes, los beneficiarios afrontan problemas como la mora en el pago o en reconocimiento de la pensión, dificultad para la comprobación de calidad de beneficiarios y la desatención en la prestación a reconocerse. Los afiliados que tramitan la pensión de invalidez por enfermedad común afrontan la mora injustificada para la calificación de la incapacidad o invalidez, la mora en el pago o en el reconocimiento de la pensión y la indebida atención al afiliado. Como puede observarse, la mora en el pago o el reconocimiento de la prestación es la queja predominante en los tres tipos de pensión que administra Colpensiones.

Las problemáticas que enfrentan los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando solicitan la pensión de vejez se concentran en la inconsistencia de sus aportes, la indebida atención brindada por las administradoras de los fondos de pensiones y las múltiples inconsistencias encontradas en los extractos de sus cuentas de ahorro pensional. Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes se quejan por la desatención en la prestación a reconocerse, la mora en el pago o en el reconocimiento de la pensión y la indebida atención recibida. Por su parte, los afiliados que tramitan la pensión de invalidez por enfermedad común encuentran como principales dificultades la desatención en la prestación a reconocerse, la mora en el pago o en el reconocimiento y la indebida atención que les brindan las AFP. Respecto de los ahorros voluntarios que realizan los afiliados al momento de solicitar la pensión se encuentran con inconsistencias en sus aportes, incumplimiento y/o modificación de los aspectos contractuales y la indebida atención. La problemática común en los cuatro casos analizados es la indebida atención a los afiliados o beneficiarios cuando reclaman la prestación que les corresponde ante una administradora de fondos de pensiones.

5. RECOMENDACIONES

Las pensiones son el ahorro a largo plazo de las personas y un motor de desarrollo para el país; en ese sentido no se debe defraudar a los trabajadores en su empeño de tener una pensión de vejez garantizada y con un ingreso similar al obtenido durante su vida laboral. Para lograr este propósito se deben dar unas reglas claras y no someterlas a cambios bruscos durante la etapa de ahorro y consolidación de los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional, como ocurrió con la expedición de la Ley 797 de 2003, que modificó considerablemente los requisitos de tiempo de aportación, montos y edad.

Es necesario reeducar acerca de la naturaleza jurídico-social de las pensiones, en el sentido de abandonar la consideración de que es un derecho exclusivo para el trabajador subordinado, con el fin de ampliar la cobertura hacia un universo mayor al laboral y establecer, previamente al contenido del derecho pensional, las condiciones financieras necesarias para el pago de la mesada pensional. Un sistema pensional tiene como propósito solucionar la pérdida de capacidad económica por invalidez, vejez o por la muerte del afiliado y para poder cumplir con ese cometido debe contar con una base financiera adecuada que garantice el pago oportuno de la prestación, y en ese sentido, la aportación del afiliado y la rentabilidad que generen esos dineros son vitales para la garantía del derecho pensional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Administradora Colombia de Pensiones – Colpensiones. (2016). Sistema general de pensiones. Bogota: Colpensiones. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/paginas/sistema-general-de-pensiones.aspx>

Alexy, Robert. (2007). Teoría de los derechos fundamentales; traducción y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido. 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arenas Monsalve, Gerardo. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. 3ª ed. Bogotá: Legis Editores.

Arenas Monsalve, Gerardo. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Editorial Temis.

Ayala Cáceres, Carlos Luis. (1996). Principios de la seguridad oscila en el sistema general de riesgos profesionales. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4804552.pdf>

Asofondos. (2016). Sistema privado de pensiones. Recuperado de <http://asofondos.org.co/sistema-privado-de-pensiones>

Cabanellas de Torres, Guillermo. (2008). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires: Heliasta.

Cañón Ortegón, Leonardo. (2007). Una visión integral de la seguridad social. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cañón Ortegón, Leonardo. (2013). La seguridad social en la Constitución colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Colpensiones. (2009). Documento 05 bonos pensionales. Bogotá: Colpensiones, 2016. Recuperado de <https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/doc05.htm>

Colpensiones. (2016). Oficio respuesta No. 2016_9464107-2104993, del 22 de agosto de 2016. Bogotá: Colpensiones.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2008). Observación General No. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8791.pdf?view=1>

Conferencia Internacional del Trabajo. (2001). Actas Provisionales, octogésima novena reunión, Ginebra, 2001. Sexto punto del orden del día: seguridad social: temas, retos

y perspectivas. Recuperado de la página
<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf>

Congreso de la República. (1993). Ley 100 (23, diciembre, 1993), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C. no. 41148.

Congreso de la República. Ley 790 (27, diciembre, 2002), por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial, Bogotá D.C. No. 45046.

Congreso de la República. (2009). Ley 1328 (15, julio, 2009), por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, D.C. No. 47411.

Congreso de la República. (2012). Ley 1580 (1, octubre, 2012), por la cual se crea la pensión familiar. Diario oficial. Bogotá, D.C. No. 48570.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección C, sentencia del 30 de junio de 2011, rad. 0270-09, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-448 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Cortés Hernández, Óscar Iván. (2011). Derecho de la seguridad social. 4ª ed. Bogotá: librería Ediciones del Profesional.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia SU-897 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-638 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2008). Índice de Precios al Consumidor. Bogotá. DANE. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

Dueñas Ruiz, Óscar José. (2007). Las pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia. 3ª ed.
Bogotá: Librería Ediciones del profesional.

Dueñas Ruiz, Óscar José. (2012). Constitucionalización e internacionalización de los
derechos a la salud y a la pensión. Bogotá: Universidad del Rosario.

Durango Álvarez, Gerardo. (2006). Derechos fundamentales y democracia deliberativa.
Bogotá: Temis.

Durango Álvarez, Gerardo. (2010). El concepto de los derechos fundamentales en la teoría
habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez. En: Revista de
Derecho, No. 33, Barranquilla. Recuperado de
<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3648263.pdf>

Gamboa Jiménez, Jorge. (2011). Régimen de seguridad social y riesgos profesionales. 12ª
ed. Bogotá: Editorial Leyer.

Gamboa Jiménez, Jorge. (2012). Régimen general de pensiones. 12ª ed. Bogotá: Editorial
Leyer.

Gómez Sierra, Francisco. (2015). Constitución Política de Colombia anotada. Bogotá:
Leyer.

Instituto de Estudios Urbanos. (2016). ¿Qué es el SISBEN y cuál es su principal objetivo?

Recuperado de

<https://institutodeestudiosurbanos.info/endatos/0100/0160/docs/SISBEN.pdf>

Muñoz Segura, Ana María. (2011). La pensión como premio o derecho. Bogotá:

Universidad de los Andes, Editorial Temis.

Muñoz, Ana María. (2013). La nueva pensión familiar. Revista Actualidad Laboral, No.

175, ene.-feb., 10-15.

Niño Pérez, Ana rocío. (2016). Asimetría de la información y la libre elección en las

modalidades pensionales: retiro programado y renta vitalicia inmediata. Bogotá:

Universidad Nacional. Recuperado de

<http://www.bdigital.unal.edu.co/52014/1/51894887.2016..pdf>

OldMutual. (2016). Oficio LC-2059 del 19 de septiembre de 2016 enviado a José Anuar

Varela Botero.

Organización de las Naciones Unidas. (1948) Declaración Universal de Derechos Humanos

1948. New York: ONU. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas. (1995). Aplicación del pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 6. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm6s.htm>

Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (1995). Código Iberoamericano de seguridad social. Recuperado de http://www.oiss.org/IMG/pdf/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2001). Administración de la seguridad social. Turín: OIT.

Pedraza Cuervo, Ariel. (2012). Estatuto de seguridad social. Anotado. 16ª ed. Bogotá: Editorial Leyer.

Presidencia de la República. (1965). Decreto 2351 (4, septiembre, 1965), por el cual se hacen unas reformas al Código sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogota, D.C. No. 31754.

Presidencia de la República. (1994). Decreto 1299 (22, junio, 1994), por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales. Diario Oficial. Bogotá, D.C. No. 41411.

Presidencia de la República. (1996). Decreto 832 (8, mayo, 1996), por el cual se reglamenta la Ley 100 de 1993, y en especial, sus artículos 35, 40, 48, 65, 69, 71, 75, 81, 83 y 84. Diario oficial. Bogotá, D.C. No. 42785.

Presidencia de la República. (2001). Decreto 1730 (27, agosto, 2001), por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida. Diario Oficial. Bogotá, D.C. No. 44534.

Presidencia de la República. (2011). Decreto 4936 (29, diciembre, 2011), por el cual se aprueba la estructura interna de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones. Diario Oficial. Bogotá, D.C. No. 48297.

Presidencia de la República. (2013). Decreto 604 (1, abril, 2013), por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS): Diario oficial, Bogotá D.C. No. 48748.

Roa Rojas, Hernán y Roa Díaz, Cornelio. (2008). Ley 100 de 1993. Bogotá: ECOE Ediciones.

Rodríguez Mesa, Rafael. (2009). Estudios sobre seguridad social. Barranquilla: Ediciones Uninorte.

Rojas González, Gregorio. (2012). De la justicia a los derechos fundamentales. Bogotá: Temis.

Santana Londoño, María Victoria. (2012) La seguridad social en Colombia: un derecho fundamental. Medellín: Ediciones Unaula.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2012).Circular Externa 013 (24, abril, 2012), adiciona el numeral 3 al Capítulo II del Título IV y se modifica el subnumeral 3.3 del Capítulo II del Título VI de la Circular Básica Jurídica en relación con nuevas modalidades de pensión. Bogotá: Superfinanciera. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20127>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2016). Asesórese antes de decir cambiarse de régimen pensional, puede que no le convenga. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10086479>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2009). Pensión, garantía de pensión mínima, normatividad y características. Concepto 2009066014-001 del 22 de octubre de 2009. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2009/2009066014.doc>

Torres Corredor, Hernando. (2010). Sistema de seguridad social. Ley básica. 3ª ed. Bogotá: Imprenta Universidad Nacional.

Torres Tarazona, Luis Alberto. (2012). Aproximaciones a la seguridad social en el Estado social de derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.