

**PONDERACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y EL
PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN EL SISTEMA GENERAL DE
PENSIONES EN COLOMBIA**

**Trabajo de investigación para optar a título de Especialista en Derecho Laboral y
Seguridad Social**

Presentados por los estudiantes:

LUIS ALBERTO ESTUPIÑAN VIZCAÍNO

CINDY VANESSA HERRERA VARGAS

ANDREA MARGARITA MONTES MADRID

EVA SANDRY PELÁEZ URUEÑA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ESPECIALIZACION EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

BARRANQUILLA

NOVIEMBRE

2020

PONDERACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA.

Introducción

El Sistema de Seguridad Social en materia de pensiones en Colombia desde 1886 hasta la actualidad ha sido modificado constantemente, y se debe asumir que los cambios deberían obedecer a mejoras en el mismo sistema, este debe garantizar los derechos de los afiliados cuando hayan cumplido los requisitos tanto en tiempo como en semanas cotizadas, es básicamente la esencia del sistema pensional, más que una simple estructura de derechos de seguridad social, es una estructura de derechos que desde la constitución de 1991 son considerados constitucionales.

La evolución del ordenamiento jurídico colombiano ha permitido que las leyes se afiancen a la realidad social y económica de los seres humanos, la cual se logra de manera eficaz al establecer disposiciones garantes en su aplicación y vigencia, actualmente esas realidades son las que han marcado el camino jurídico, a su vez son las que demandan mayor compromiso y amparo al momento de legislar.

Históricamente la base de todo comportamiento humano, de toda ley, de toda acción, han sido los principios que han motivo su origen, son ellos los que guían y justifican, en el campo jurídico no existe una ley o derecho que no esté precedido por un principio rector que humaniza la letra del legislador, a su vez esto genera de manera implícita que las leyes tengan

correlación en sus principios rectores, se asume que no debe existir contradicción entre ellos, y en el caso que suceda debe prevalecer el que se ajuste a las necesidades y dignidad humana.

Uno de los principios que han permitido el afianzamiento entre la evolución del derecho y la protección de los mismos ha sido el de progresividad, este brinda una seguridad jurídica, e impide el retroceso que supone vulneración a derechos ya adquiridos y puede ocasionar la desestabilización del propio sistema, la progresividad es aplicable en todas las áreas del derecho y básicamente obliga al estado a adoptar medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles para lo lograr continuamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

Por otra parte, encontramos el principio de Sostenibilidad Financiera que busca garantizar los recursos del Sistema de Pensiones, esto con el fin de evitar un déficit económico, y poder cumplir con que todas las personas en edad para pensionarse tengan acceso a este derecho.

En la actualidad en Colombia existen dos sistemas que están a libre elección de los trabajadores, encontramos el Régimen de Prima Media (RPM), administrado por una entidad pública, y el Régimen de Ahorro Individual Solidario (RAIS) a cargo del sector privado, aunque ambos están administrados por diferentes sectores, y contienen políticas diferentes, ambas están sujetas a los cambios legislativos que se decidan sobre el sistema.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias define a la Seguridad Social como un derecho de raigambre fundamental, debido a que esta tiene como propósito garantizar a los individuos y sus familiares, algún grado de bienestar relacionado con la dignidad del ser humano y, el mínimo vital, en el presente, pero sobre todo confianza en el futuro, estos

supuestos son arrojados por una realidad desbordante que nos muestra que el porcentaje de personas que logran pensionarse es muy bajo.

Estamos frente a un sistema que ha propuesto de manera reiterada modificaciones, argumentando el principio de sostenibilidad financiera para poder garantizar su soporte a futuro, y es aquí donde surge un enigma jurídico que trasciende a la realidad socioeconómica, claro ejemplo de ello han sido las modificaciones en los requisitos como la edad y semanas de cotización que de hecho ha sido la más reestructurada.

Durante años el sistema pensional ha sufrido de manera gravosa cambios que no hablan de evolución, sino de retrocesos que claramente trasgreden el Principio de Progresividad, en vez de crear un lazo jurídico entre un principio y otro, cada vez existe una distancia mayor y contradicción entre ellos, la cual se evidencia en la realidad de miles de Colombianos, en el rostro agotado de una persona que aun cumpliendo las semanas cotizadas no tiene la edad o que si tiene la edad no tiene las semanas de cotización que exigen y se ve obligada a seguir trabajando para tener un sustento, se evidencia en la desesperanza de los jóvenes al cotizar en un sistema inestable del cual no se notan avances sino retroceso, estos son solo pocos panoramas a los innumerables que se encuentran en la realidad de los Colombianos.

Considerando lo antes descrito surge el siguiente interrogante ¿Cuál principio debe prevalecer para garantizar la seguridad jurídica sobre los derechos adquiridos y la evolución favorable en materia pensional?

Teniendo como punto de partida el anterior interrogante se formula la tesis del presente ensayo:

El Principio de Progresividad en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de Pensiones debe prevalecer frente a el retroceso que ha significado la aplicación del Principio de Sostenibilidad Financiera, esta prevalencia obedece a razones constitucionales, para preservar la garantía de vida digna y no el detrimento de ella.

El Principio de Sostenibilidad Financiera no debe suponer un retroceso en la evolución del sistema, sin embargo, su incorrecta aplicación, ha llevado que este sea el argumento de mayor peso para defender los cambios regresivos en materia pensional que se han implementado.

Con el presente ensayo se pretende emitir por parte de los autores un criterio argumentativo que dé cuenta o evidencie la prevalencia que debe tener el Principio de Progresividad sobre el Principio de Sostenibilidad Financiera. Maxime que el principio de progresividad va en armonía con el promulgado Estado Social de Derecho, mientras que el Principio de Sostenibilidad Financiera se refiere a un criterio con aspectos económicos que deja de un lado el postulado de la dignidad humana y va en concordancia con las finanzas del estado.

En el sistema pensional Colombiano se reflejan dos principios que sirven de fundamento para la creación, modificación, expedición de las normas y para la implementación de sus políticas, ellos son el principio de progresividad y el principio de sostenibilidad financiera, los cuales en virtud de su aplicación pueden enfrentar entre si fuertes contradicciones, en la cual se considera que es necesario hacer una ponderación entre estos

dos principios en la cual debe prevalecer el principio de progresividad sobre el principio de sostenibilidad financiera.

Respecto a estos principios es propicio hacer alusión a sus antecedentes y fundamentos

En lo que respecta al principio de progresividad este tiene sus antecedentes a mediados del Siglo XX, cuando se hacía referencia al principio de progresión racional del derecho laboral por el autor Mario L. Deveali.

Luego surge en el derecho internacional en el año 1966, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales se establece en el Artículo 2º que, *“cada uno de los Estados Partes de dicho Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.”*

En ese mismo sentido, más adelante en el año 1969 el artículo 1.1 del Protocolo de San Salvador establece: *“Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.*

Por último el Artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Respecto a las normas de los tratados internacionales que se acaban de mencionar que son postulados de gran importancia referentes al principio de progresividad, cabe indicar que el Estado Colombiano, está obligado a cumplirlos, ya que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de ahí podemos partir para decantar la importancia del principio de progresividad dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Cabe indicar que el principio de progresividad goza de reconocimiento constitucional ello a la luz de lo indicado en el artículo 48 de la constitución política de Colombia en lo cual se señala lo siguiente *“(…) El Estado, con la participación de los particulares, **ampliará progresivamente** la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.”*

De lo anteriormente prescrito en esta norma haciendo una interpretación hermenéutica se puede inferir la existencia del principio de progresividad en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, ello teniendo en cuenta que ampliar la cobertura en forma progresiva de la seguridad social, conlleva a la ejecución de dicho principio.

En lo atinente al reconocimiento jurisprudencial del que goza el principio de progresividad es preciso traer a colación la Sentencia C- 1141 de 2008, en la que se estableció que, *“El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”*.

De lo expuesto se puede manifestar que el principio de progresividad en el sistema pensional tiene como objetivo avanzar a hacia el mejoramiento de las condiciones de acceso a la pensión y no desmejorarlas, creando políticas y normas progresivas en beneficio del derecho fundamental a la pensión de los asociados.

Ahora bien respecto del Principio de Sostenibilidad Financiera cabe indicar que también es de carácter constitucional, teniendo en cuenta que este fue consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48° de la Constitución política de Colombia,

lo cual en lo referente a dicho principio reza lo siguiente: *“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.”*

En lo referente al alcance del principio de sostenibilidad financiera la doctrina de la seguridad social ha definido la sostenibilidad financiera como el propósito de que el sistema sea “financieramente viable de acuerdo con la capacidad económica del país” (Monsalve, 2018, p.163).

En concordancia con lo expuesto por Gerardo Arenas Monsalve, el Principio de Sostenibilidad Financiera tiene el alcance de establecer una regla constitucional para las futuras leyes pensionales, ya que estas deberán salvaguardar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas, en palabras más sencillas todo cambio normativo en materia pensional debe contar con los recursos que permitan su financiamiento, lo cual considera este autor y estamos de acuerdo con ello, que *“abre la puerta eventualmente, a que futuras leyes sobre pensiones hagan más exigentes los requisitos, para garantizar la sostenibilidad financiera que se establece”* (Monsalve, 2018, p.163).

A modo de interpretación se puede decir que El principio de sostenibilidad Financiera se constituye desde una perspectiva económica del Estado, en la cual las normas y políticas sobre el sistema pensional que se implemente, deben ser sostenibles en el tiempo, ello para poner en ejecución este principio y es aquí donde se produce la contraposición con el principio de progresividad, ya que dichas normativas que buscan esa sostenibilidad del sistema

vuelven más gravosas las condiciones de acceso o cumplimiento de requisitos de las personas que aspiran pensionarse, lo que constituye un retroceso al sistema pensional.

Ahora bien, al respecto de las controversias que existen entre estos dos principios en el Artículo de Investigación El Derecho Fundamental a una Pensión y el Principio de Sostenibilidad financiera indican en una de sus conclusiones que,

“Se colige también que existe un tenso vínculo entre los principios de progresividad y sostenibilidad financiera: por una parte, se puede señalar que a pesar de la obligación en la ejecución de acciones positivas por parte del Estado en procura siempre del mayor bienestar de sus ciudadanos, tanto la ley 100 de 1993 y su posterior reforma mediante la ley 797 de 2003 omitieron la inclusión del principio de progresividad, generando medidas regresivas en materia pensional. Por otra parte, al ostentar el equilibrio financiero la misma categoría de principio constitucional, se intenta desdibujar el principio de progresividad en cuanto a mejores garantías para la materialización del derecho fundamental a la pensión, al amparo de una posible escasez de recursos financieros” Duque y Duque (2016).

En virtud de lo anterior es preciso traer a colación algunas normas donde se refleja la presencia de estos dos principios. Es así como en el acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de 1990, se reglaban mejores beneficios para acceder a la pensión de vejez en cuanto a la edad requerida para pensionarse 55 años mujeres y 60 años hombres, las tasas de reemplazo para liquidar el monto mensual de la pensión de vejez correspondía al 45% del IBL, más los porcentajes adicionales por semanas adicionales a las cotizadas requeridas del 3%, pudiendo llegar la tasa de reemplazo al 90%, mientras que la ley 100 de 1993, en su fase inicial, en cuanto a la tasa de reemplazo del IBL y el porcentaje adicional por semanas adicionales cotizadas, para la liquidación del monto mensual de la pensión de vejez cambiaron, en virtud

de lo dispuesto en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, el porcentaje para la liquidación de la pensión quedo en un equivalente del 65% del IBL, por las primeras 1000 semanas cotizadas. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2 %, llegando a este tiempo de cotización al 73 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3 % en lugar del 2 %, hasta completar un monto máximo del 85 % del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85 % del ingreso base de liquidación.

Con la ley 797 de 2003, que en su artículo 10 modifico el artículo 34 de la ley 100 de 1993, la tasa de reemplazo para la liquidación del monto mensual de la pensión quedo a partir del año 2004, entre el 65% y 55 % del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingreso del respectivo afiliado y a partir del año 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementara en 1.5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, con base en la siguiente formula

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se estableció que el valor total de la pensión no podrá superar el 80% del IBL, ni inferior a la pensión mínima.

Con la ley 100 de 1993 y la ley 797 de 2003, se desmejoraron los beneficios que se daban con las tasas de reemplazo y los porcentajes adicionales por semanas adicionales de

cotización, además de esto se subió la edad de pensión a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres, y las semanas de cotización fueron aumentando paulatinamente hasta llegar en el año 2015 a 1300 semanas. De esta forma se puede observar que las normas de la ley 100 de 1993 y la ley 797 de 2003, buscaban poner en marcha la ejecución del principio de sostenibilidad financiera, apartándose un poco de los postulados del principio de progresividad.

En lo referente a los requisitos para obtener la pensión de invalidez se puede resaltar que hubo por parte del legislador una regresividad en cuanto este aspecto, sin embargo, también se puede manifestar que hubo progresividad por los aspectos que se explicaran respecto al decreto 758 de 1990 artículo 6, ley 100 de 1993 artículo 39 y la ley 860 de 2003 artículo 1.

Los requisitos para obtener la pensión de invalidez por riesgo común en el decreto 758 de 1990, se encuentran descrito en el artículo 6° de dicha norma en la cual se regla que para obtener dicha pensión las personas deben cumplir con las condiciones de ser invalido permanente total o invalido permanente absoluto o gran invalido y haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez. Con la expedición de la ley 100 de 1993, estos requisitos fueron objeto de cambios, en el artículo 38 y 39 de dicha norma se establece que para obtener la pensión de invalidez por riesgo común se deben cumplir con las condiciones de tener una pérdida de la capacidad laboral, por causa que no sean de origen profesional igual o superior al 50%, y que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o que habiendo dejado

de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. Cabe indicar que los afiliados que no lograron ser beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se deben someter a estas nuevas condiciones, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993.

Luego con la expedición de la ley 860 de 2003, en su artículo 1, modifico el artículo 39 de la ley 100 de 1993, imponiendo unas nuevas condiciones que desde nuestro punto de vista analítico se puede decir se reflejó por un lado el principio de progresividad y por otro lado el principio de sostenibilidad financiera, pues esta norma reglo que los requisitos para obtener la pensión de invalidez eran que la persona cumpla con la condición de tener una invalidez en los término del artículo 38 de la ley 100 de 1993, y que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, además de esto exigía esta norma que las personas debían cumplir con el requisito de fidelidad en la cotización que consistía en que los afiliados debían tener una fidelidad de cotización por lo menos de un 20% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

De lo mencionado en la norma citada, se puede colegir que este nuevo requisito para obtener la pensión de invalidez por riesgo común en la ley 860 de 2003, que solo exige 50 semanas de cotización dentro los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, constituye un beneficio para las personas que aspiran obtener esta pensión, ya que el régimen anterior de la ley 100 de 1993, exigía 26 semanas en el año inmediatamente anterior en que se produjera el estado de invalidez, aunque se amplió el número de semanas el plazo se extendió a 3 años, la favorabilidad y progresividad de esta

norma se puede sustentar con el planteamiento dado por la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009, en la cual indico que:

“La Corte Constitucional no desconoce la libertad de configuración del Legislador, como titular de una significativa discreción en materia pensional. Sin embargo, como esta reforma debe considerarse, prima facie, regresiva en la protección de un derecho social ya que puede implicar una afectación a personas en estado de debilidad manifiesta (discapacitados), su control constitucional ha de ser aún más estricto, y el que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica su inconstitucionalidad automática, por cuanto la Constitución faculta al Legislador para realizar cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de las disminuciones en la protección de derechos sociales, pues si bien debe existir la protección constitucional a la estabilidad de los regímenes pensionales, resulta inadmisibles aceptar la “petrificación constitucional” de los mismos. En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, lo que implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, por lo que se concluye que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a

la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.” Corte constitucional, 2009.

Respecto de este aspecto de la norma se puede observar que se dio un avance progresivo y pro homine, sin embargo, en lo atinente a la fidelidad en la cotización, este aspecto constituyó una regresividad razón por lo cual dicha norma en lo referente a este requisito sería declarada inexecutable, la corte constitucional en la misma sentencia C-428 de - 2009, indicó que:

“Con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante, el requisito de fidelidad al sistema que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, y aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, y no habiendo población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, ni advirtiendo una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma, este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del caso respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. Se concluye que, a pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto busca asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En consecuencia, el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en

el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad.” Corte constitucional. 2009.

La sentencia C-428/09, que declaró inexecutable la fidelidad en la cotización exigida por la ley 860 de 2003, y declaró executable el número de 50 semanas cotizadas exigidas en esta ley ampliando el tiempo de cotización requerido de un (1) año a tres (3) años, es un claro reflejo en el cual se le da prevalencia al principio de progresividad sobre el principio de sostenibilidad financiera, ya que eliminó ese requisito de la fidelidad que constituía un retroceso en el sistema pensional.

En ese mismo orden de ideas respecto a la prevalencia del principio de progresividad Muñoz Segura (2010, p. 99) indica que el principio de progresividad es una de las limitantes constitucionales con las que cuenta el desarrollo legislativo de los derechos sociales, económicos y culturales, y “que inició como un postulado mucho más abstracto, como un propósito, para convertirse cada vez más en un elemento cierto y exigible judicialmente dentro del sistema pensional colombiano”, siendo posible debatir ante la justicia constitucional si los cambios legislativos son compatibles con dicho principio y “exigir la aplicación del principio de progresividad y no regresividad en casos concretos” (p. 107).

De lo anterior se puede indicar que el principio de progresividad dentro del sistema pensional constituye un elemento de gran importancia el cual cuenta con herramientas de protección como los controles constitucionales que se le deben hacer a las normas que se puedan considerar regresivas y atenten contra el principio de progresividad. Ese control constitucional se puede evidenciar en la sentencia C-038 de 2004, en la cual se sientan las bases de un test de no regresividad para que el control de constitucionalidad sea más estricto. En dicha Sentencia la Corte estableció que cuando se constata la regresividad de un derecho

de pensiones a través de una reforma, se debe estudiar (I) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (II) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo; y (III) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

En ese mismo sentido respecto al test de no regresividad en la sentencia C-228-2011, se expone que, *“Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste.*

La corte constitucional en su deber legal de salvaguardar la constitución y derechos de los asociados ha ido en armonía con el principio de progresividad y ha reglado aspectos como los mencionados en el párrafo anterior blindando al principio de progresividad para que no se expidan normas por parte del legislador que atenten contra dicho principio haciendo más gravosas las condiciones y requisitos para obtener la pensión, lo que desencadena en un

retroceso al sistema pensional que menoscaba los derechos de los que aspiran acceder a dicha prestación.

En ese orden de ideas, presentamos un ejemplo de los debates que se pueden generar a raíz de la comparación entre el principio de progresividad y el principio de sostenibilidad financiera, para ahondar el tema, es pertinente poner de presente lo contenido en el auto 653 del año 2018 emitido por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, proferido el día diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018), por medio del cual se decidieron las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de Ley 206 de 2016 en Senado y 094 de 2015 en Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

En lo que respecta al estudio de tan importante decisión, es procedente que en principio pongamos de presente la posición del gobierno nacional, toda vez que como ente rector del estado colombiano, y principal opositor del proyecto de ley anteriormente referenciado, en el que propone sus principales objeciones, las cuales son; razones de inconstitucionalidad, y por otro lado, alegando varios aspectos que son de relevante consideración, como lo son: i) carencia del aval gubernamental, ii) violación de los principios de equidad, universalidad, eficiencia y solidaridad del sistema pensional y iii) desconocimiento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La posición del Gobierno Nacional manifestaba en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo siguiente:

“En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro

*dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir como principio constitucional el de la sostenibilidad financiera del Sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, **que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero**". (Negrilla y subraya fuera del texto).*

La pretensión principal de la objeción presentada por parte del gobierno nacional, buscaba en su momento que el legislador, en cumplimiento del artículo 48 de la Constitución Política, debe valorar de manera crítica el efecto que pueden llegar a tener las disposiciones con las que pretende intervenir para una modificación del sistema general de pensiones, esto con el ánimo de salvaguardar el equilibrio del sistema, tanto en el presente como en el futuro, y de esta manera no adoptar medidas que puedan volverse insostenibles desde el punto de vista financiero; toda vez que, para el Gobierno Nacional la sostenibilidad financiera es el principio que garantiza a sus afiliados o beneficiarios la materialización de su derecho a pensión.

Para el Gobierno Nacional se configura como una violación del principio de sostenibilidad financiera "cuando el legislador no adopta medidas para asegurar el equilibrio del sistema, o no se precisa la fuente de financiación que suplen los correspondientes costos".

Ahora bien, con el propósito de ahondar en las intervenciones establecidas al respecto del estudio de constitucionalidad del proyecto de Ley 206 de 2016 en Senado y 094 de 2015 en Cámara por el gobierno nacional, la Procuraduría General de la Nación rindió concepto aduciendo que "...el principio de sostenibilidad financiera no debe ser entendido como una barrera para la materialización del Estado Social de Derecho, sino como una exigencia de buscar caminos institucionales para la satisfacción progresiva de los derechos".

En este caso particular, la disminución en el número de semanas de cotización necesarias para que una mujer pueda acceder a la pensión de vejez, no generan cambios a los aportes al sistema pensional, sino que se variaron los elementos estructurales del derecho para acceder la pensión, con el propósito de corregir las asimetrías existentes entre la edad para pensionarse de las mujeres, y las semanas que se requieren para tal fin, por lo cual sería un Proyecto de ley que obedece al principio de progresividad. Empero a esto el ministerio público manifiesta que dicha propuesta no vino acompañada de un sistema para salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Teniendo en cuenta lo manifestado por parte del ministerio público, se observa que a groso modo que este no dispone que el Principio de sostenibilidad financiera prevalezca sobre los demás principios, si no que las medidas con las que se pretenda intervenir el sistema general de pensiones, deben contemplar mecanismos de colaboración armónica entre los principios de sostenibilidad financiera y de progresividad, toda vez que, Colombia es un Estado Social de derecho, y siempre debe buscar la protección de los derechos de los ciudadanos, dejando claro una ambigua interpretación neutral donde no se puede preponderar una situación de interpretación exclusiva sobre los aspectos financieros.

Los principios de sostenibilidad financiera y principio de progresividad son principios de rasgo constitucional de acuerdo al artículo 48 de la constitución Política por lo que “...no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos” (Jaramillo, 2014)

De lo anterior es importante precisar que el principio de sostenibilidad financiera tiene coherencia con el principio de progresividad, pues los dos tienen por objetivo salvaguardar al sistema general de pensiones, ya que busca evitar futuras contingencias que se deriven del mal manejo económico y den como resultado un eventual colapso financiero.

En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional de igual se ha pronunciado sobre esta colaboración armónica de los principios no sea abstracto, por lo tanto, ha solidificado una serie de criterios que determinan la aplicación correcta de los principios que integran el Sistema General de Pensiones, verbigracia de esto, la sentencia C-1000 de 2017, que nos trae diez elementos que se deben tener en cuenta para el desarrollo de los principios en el sistema, pero de los cuales destacaremos los siguientes tres:

(...) (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

Los elementos anteriormente citados son particularmente importantes tratándose de los principios de progresividad y principio de sostenibilidad financiera, dado que el Sistema General de Pensiones no es sostenible indefinidamente, necesita de cotizaciones efectivas para que queden garantizadas esta prestación económica, por lo cual dispone que la realización

de los pagos de los aportes debe obedecer al principio de Progresividad y nunca a la regresividad, toda vez que quienes tengan mayores recursos, aporten en consecuencia más a la sostenibilidad financiera del sistema, pues este a su vez, debe prestar atención a quienes no tienen capacidad económica para hacer aportes al mismo.

En concordancia con lo expuesto en entes internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. OCDE (2017), destaca la importancia de una reforma integral al sistema de pensiones para así lograr un sistema equitativo y sostenible; con esta reforma se busca principalmente ampliar la cobertura del sistema para garantizar a través de programas especiales como Colombia Mayor y los Beps, la protección social de los adultos mayores en situación de vulnerabilidad y la inclusión a los beneficios pensionales de las personas que no cuentan con los ingresos suficientes para cotizar, además aumentar la edad de jubilación a 65 años tanto para hombres como para las mujeres, el porcentaje del IBC y las semanas de cotización.

Respecto a esta postura de dicha organización se debe resaltar que las medidas en Colombia tendientes a ejecutar el principio de sostenibilidad financiera no han sido efectivas y lo que han producido es la limitación de los derechos de las personas que tienen la esperanza de acceder a la pensión, creando un descontento en la población generalizado, con relación a esto Rincón Muñoz M. En el Trabajo de investigación Sostenibilidad Financiera De La Pensión De Vejez En Los Regímenes Pensionales, El Caso Colombiano, manifiesta que, *“Lo que se percibe en los ánimos de la población, es un descontento generalizado. Ello porque las políticas se muestran contrarias a sus intereses, y porque se piensa que el gobierno está adjudicándole a la población las dinámicas de la economía, que por obvias razones está imposibilitada para soportar. La consecuencia inmediata de la pérdida generalizada de*

confianza en las instituciones encargadas de las pensiones, sean privadas o públicas, es que a la gente cada vez más le importa menos el hecho de cotizar, porque existe la creencia de que se está trabajando para otro mientras el Estado le sigue cambiando las reglas del juego. Se piensa en la dificultad de pensionarse mientras, al mismo tiempo, se le pide que cotice. Por ello, en este punto se observa una cierta injusticia que implica la disminución en las cotizaciones”.

Lo planteado por este autor constituye un aspecto social en el cual la población colombiana tiene una concepción negativa del Principio de Sostenibilidad Financiera con la cual pierde credibilidad el sistema pensional, debido a las políticas regresivas como por ejemplo el aumento de la edad, semanas de cotización o la rigurosidad de requisitos que puedan hacer más gravosas las condiciones para acceder a una pensión, ello crean un panorama mucho más utópico hacia el objetivo de alcanzar la pensión para los Colombianos, lo cual trae como consecuencia que muchas personas en condiciones para cotizar no realicen aportes al sistema pensional.

Teniendo en cuenta todos los aspectos que se han analizado con respecto a la ponderación del Principio de Progresividad y Principio de Sostenibilidad Financiera de cara con la realidad del Sistema pensional en Colombia, se puede afirmar que el Principio de Progresividad obedece a fundamentos constitucionales que buscan salvaguardar los avances y la seguridad jurídica, al mismo tiempo que garantizan la evolución del derecho y la dignidad humana, mientras que el Principio de Sostenibilidad Financiera se ha implementado en contravía de lo antes descrito, dejando en evidencia el interés individual sobre el colectivo, y lo que es más gravoso el retroceso jurídico en materia pensional, lo que supone la inestabilidad del sistema en sí.

La realidad pensional en Colombia demanda de la implementación eficaz y oportuna del derecho, es deber del sistema mitigar el padecimiento económico en la vejez de los trabajadores que por años se sujetaron a las disposiciones del Sistema de Seguridad Social, este deber se logra con la defensa de los principios que representan garantía, evolución, estabilidad, dignidad humana, y es claro que el Principio de Progresividad cumple con cada uno de ellos, por tal razón este debe prevalecer ante el Principio de sostenibilidad Financiera, o cualquier otro principio que disponga lo contrario, o que aun sin disponerlo, su equivocada interpretación e implementación por parte del sistema lo ubique en contravía de la progresividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Constitución Política de la república de Colombia. 20 de julio, 1991.
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre, 1993.
- Decreto 758 de 1990. Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. 18 de abril, 1990.
- Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. 29 de enero, 2003.
- Ley 860 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. 29 de diciembre, 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-428/2009. M.P. Mauricio González Cuervo. 1 de julio, 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia C -228/2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. 30 de marzo, 2011.
- Corte Constitucional. Auto A-653/2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. 10 de octubre, 2018.

- Muñoz. A. El Principio De Progresividad En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana. 11 julio, 2010. [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640266004.pdf>.
- Jaramillo. M. El régimen pensional solidario de prima media y el principio de progresividad desde la Ley 100 de 1993 [archivo PDF]. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15785/1/E1%20r%C3%A9gimen%20pensional%20solidario%20y%20el%20principio%20de%20progresividad%20desde%20la%20Ley%20100%20de%201993%201.pdf>
- Jaramillo. K. (abril, 2014). Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes. [archivo PDF]. Recuperado de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/19904/16841>
- Camacho. P. Moreno. J. Rincón. M. (2012). Sostenibilidad financiera de la pensión de vejez en los regímenes pensionales, el caso colombiano.