

**Efectos del control constitucional en la  
macroeconomía. Estudio de Caso: Sistema  
Pensional Colombiano**

Mauricio Bocanument Arbeláez



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario- 1653

# *EFECTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA MACROECONOMÍA*

*Estudio de Caso: Sistema Pensional Colombiano*

Mauricio Bocanument Arbeláez\*  
mbocanument@udem.edu.co  
Universidad del Rosario

## *RESUMEN.*

Se critica a la Corte Constitucional porque su control constitucional sobre los derechos sociales, ha afectado el presupuesto nacional, la asignación de recursos, la equidad y el interés general. La Corte se defiende aclarando que los derechos fundamentales pueden afectarse por el no reconocimiento de derechos sociales, en consecuencia se ha desarrollado una radicalización equívoca del problema, pues el problema no es si deben o no protegerse tales derechos, sino el medio para hacerlo. Sin embargo, la opinión de la Corte frente al sistema pensional, demuestra que no tiene una posición seria sobre el tema, hasta el punto de variar su jurisprudencia sobre la progresividad de los DHESC y de los derechos adquiridos.

Palabras clave: Control Constitucional, efectos macroeconómicos, progresividad de los DHESC.

Clasificación JEL: K1, K3, E0.

## *ABSTRACT.*

The Constitutional Court is criticized, because its constitutional control on the social rights has affected the national budget, the allocation of public resources, the fairness and the general interest. The Court has said that the fundamental rights can be affected by not recognizing the social rights, consequently, an equivocal radicalization of the problem has been developed, because the problem is not if the judges must or must not protect such rights, but the way they must do it. Nevertheless, the opinion of the Court as opposed to the pensional system, demonstrates that it does not have a clear position on the subject, to the extent of varying its jurisprudence on the progression of the social rights and the acquired rights.

Keywords: Constitutional Control, macroeconomic effect, progression of the social rights.

JEL classification: K1, K3, E0.

## *INTRODUCCIÓN.*

---

\* Joven Investigador COLCIENCIAS – Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, pasante en la Facultad de Economía de la Universidad del Rosario,

Con la Constitución Política de 1991, se presenta un cambio en el régimen político de Colombia de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho. Pero ello no implica que el Estado de Derecho desaparece sino que se armoniza con lo Social, para encontrar en la dignidad de la persona su punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona el principio de legalidad del Estado de Derecho, se le suma la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social<sup>1</sup>. Del mismo modo se predica una supremacía del interés general sobre el individual, donde lo importante no es considerar al individuo en forma aislada sino como componente de una sociedad, con el objetivo de alcanzar los fines esenciales del Estado.

En esto último se soportan quienes critican la actuación de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales por medio del control constitucional general y particular, fallos de constitucionalidad y de tutela respectivamente, debido a que son sentencias que han afectado al presupuesto nacional, el gasto público, son inequitativas y contrarias a su propósito, populistas y amenazantes del desarrollo económico y social del país, por no tener en la cuenta los efectos macroeconómicos<sup>2</sup>.

Para ilustrar el tema, se comienza con la posición que critica la actuación de la Corte en materia de derechos sociales, seguido de la posición que defiende este tipo de fallos, analizaremos una posición intermedia que trata de armonizar ambas posiciones y, se termina con el control constitucional sobre al sistema pensional colombiano a modo de estudio de caso.

#### *CRITICA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE POR LA ALTERACIÓN MACROECONÓMICA<sup>1</sup>.*

Para Sergio Clavijo<sup>3</sup>, la Corte Constitucional, no ha analizado los obstáculos que sus fallos pueden significar para el equilibrio de la economía de mercado, incluso ha interpretado que lo social de nuestro Estado se contrapone a los principios del mercado, desconociendo que ambos conceptos pueden convivir y que estos últimos tienen una consagración constitucional .

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo de este aspecto se tendrá en mayor medida lo expuesto por Sergio Clavijo, en su texto “Fallos y Fallas de las Altas Cortes: el caso de Colombia 1991-2000”, publicado en la página web del Banco de la República.

Se trata de puntos de vista divergentes entre constitucionalistas que no comparten el modo de interpretación de algunos magistrados de la Corte Constitucional, que están invocando la teoría de “crear derecho” en sus fallos, teoría que es considerada por muchos, una manera de legislar por medio del control constitucional sin recurrir al Congreso.

“Poder, el de los jueces, que cuando se trata de la acción de tutela de los derechos constitucionales individuales o colectivos pueden dar ordenes a las autoridades administrativas, de ejecución inmediata, (...) sin otra consideración que la del derecho subjetivo en juego, pasando por alto las razones de interés público que rige la función administrativa y las limitaciones legales y de medios en que se encuentran estas...”<sup>4</sup>

La Corte, ha estado interpretando las circunstancias del Estado sin tener presentes los principios mínimos de la evolución económica y con efectos contrarios en materia de lucha contra la pobreza y la optimización de la distribución del ingreso. El equilibrio económico – social, así como la evolución social y del derecho, hacen necesario revisar esta actuación de la Corte.

El problema radica en que la Corte se ha ocupado de temas económicos variables, susceptibles de interpretaciones y soluciones diferentes dependiendo de las circunstancias sociales y la disponibilidad de recursos. Al proferirse un fallo en este tema, con efectos de cosa juzgada, antecedente jurisprudencial y recurriendo a las “sentencias integradoras”, se invade la esfera de otros órganos de poder y se olvida que en materia económica no se puede juzgar en forma tajante la superioridad de una norma frente a otra. Por lo anterior, es más conveniente que sea el órgano legislativo el que se ocupe de la alteración de estos temas cuando las circunstancias fácticas del Estado lo permitan, y que la Corte se limite a su función legislativa negativa, tal como ha ocurrido en otros países.

Las altas Cortes de los países desarrollados, han reconocido que los recursos económicos son escasos, lo que implica que los objetivos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DHESC) sólo pueden ser logrados en forma gradual, además la aplicación inmediata de mayores recursos no puede garantizar que se logren de una sola vez. Incluso, el

desconocimiento de estas realidades en un país como Colombia, puede involucrar retrocesos importantes en conquistas sociales alcanzadas.

Para ilustrar este último aspecto, cabe citar la Corte Constitucional de Sudáfrica, que si bien no es un país desarrollado y tiene una política de exigibilidad directa de los derechos sociales, esto es, sin criterio de conexidad con derechos fundamentales, también ha denegado su protección cuando no existe la apropiación de recursos para su satisfacción, por ejemplo, se denegó el amparo al derecho a la salud a un enfermo renal terminal, bajo el argumento que tal protección afectaría a otros pacientes con una mayor posibilidad de superar su enfermedad<sup>5</sup>.

Por loables que sean las razones de la Corte, la orden de incrementar el gasto público en este tipo de sentencias, termina generando distorsiones económicas que afectan la distribución del ingreso, se incrementan las cargas tributarias, se reduce la inversión social y se alteran los principios básicos de la economía de mercado instituidos constitucionalmente. En este contexto se presenta un efecto negativo sobre la clase trabajadora y población más necesitada, contrario a lo pretendido a la hora de fallar.

Por ejemplo, en el caso de la reliquidación de deudas hipotecarias, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C – 383 de 1999, invocando principios de equidad, otorgó un tratamiento general en cargas tributarias y subsidios. Lineamientos que fueron seguidos en la Ley 546 de 1999 y que tuvieron como efectos negativos: i) una reliquidación sin distinción de estrato social y sin límite en la cuantía, ii) se perjudicó la optimización de la distribución del ingreso, pues los estratos más altos se quedaron con la mayor cantidad de los subsidios otorgados por la reliquidación y, iii) la necesidad de aumentar los impuestos, especialmente vía gravámenes indirectos, para poder subsanar los subsidios.

En la Sentencia C – 995 de 2000, que impone los límites a las tasas de interés de vivienda, tuvo como efectos negativos: i) la limitación de oferta de recursos para esta actividad; ii) crear subsidios generalizados; iii) al decir que la construcción de vivienda no debe ser un negocio, se ataca el sistema económico como tal y se saca esta actividad del mercado, pues una actividad económica sin obtención de ganancias sólo es posible si existen los recursos presupuestales para mantenerla y; iiiii) puede conllevar al aumento del desempleo.

El más grave error fue instituir subsidios sin discriminación alguna y que deterioran la distribución del ingreso, cuando en los principios de la economía de mercado, como la de este país, aquellos sólo son válidos para los más pobres y no para el caso general de la actividad de vivienda familiar. Además, en estos casos sólo se debe intervenir cuando se presentan fallas del mercado, como monopolios o falta de información al consumidor, que para este caso no estaban demostradas.

Lo propio se presenta en los fallos relativos a la indexación de salarios de los servidores públicos. El problema radica en que este criterio fue impuesto en presencia de un déficit fiscal alto, un número de funcionarios excesivo y con baja productividad laboral en general. Para poder llevar al cabo los lineamientos trazados en las sentencias C – 815/99 y C – 1433/00 y mantener el salario real, se debe buscar el incremento de la productividad reduciendo el número de funcionarios públicos. Así, ¿es más equitativo que los que tienen trabajo pueden consumir al mismo ritmo o que se puedan generar más empleos aunque con un salario real inferior?

Esta indexación, es negativa para la economía al violar el principio económico universal según el cual los salarios se ajustan dependiendo de la evolución de la inflación y la productividad. En donde si la productividad crece, los salarios se podrán reajustar por encima de la inflación en el mismo porcentaje en que creció la productividad, pero si la productividad cae, los salarios se ajustan por debajo de la inflación en los mismos puntos en que aquella bajó, de lo contrario se afecta el equilibrio entre los factores productivos (capital, tierra, trabajo) y se drena la capacidad productiva.

Se ordenó esta indexación por considerar que los salarios de los servidores públicos habían perdido poder adquisitivo en el último año, cuando lo cierto era que estaban por encima de sus ganancias productivas, pues en 1999 se reajustó el salario del sector público cerca al 15.2%, la inflación fue de 9.2%, por lo que en 1999 tuvieron un incremento en su poder adquisitivo real de 6%.

Durante el 2000 el promedio de ajuste salarial fue cercano al 6%, que es inferior en 3 puntos a la inflación de 1999; lo que demuestra que a pesar de un ajuste salarial en el año 2000 por debajo de la inflación, seguían manteniendo un alza del 3% en el salario con respecto a lo devengado en 1998, sin necesidad de que la Corte interviniera. Incluso lo conceptuado en la Sentencia C – 1433/00 al tratar esta indexación de los salarios del sector público, contradice la Sentencia C – 377/98, pues esta argumenta que la competencia para fijar el régimen salarial es exclusiva del órgano legislativo ordinario y extraordinario.

La complejidad de las decisiones económicas tienen efectos difíciles de anticipar, por ello la Corte Constitucional, como ocurre en economías desarrolladas, debe abstenerse de intervenir en este tipo de decisiones que le corresponden al órgano legislativo, que tiene la ventaja de proceder según las circunstancias económicas para hacer los cambios legislativos pertinentes, sin que ello represente señales negativas de inestabilidad constitucional.

En materia de salud ocurre algo similar. La Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de proteger los derechos sociales, como éste, por vía indirecta, es decir, aplicando el criterio de conexidad con derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana. Los casos de derecho social prestacional no tuvo mayor crítica por parte de los opositores al constitucionalismo social hasta 1998, cuando se aumentaron las acciones de tutela por salud de 2.999 a 10.771 en 1998, los costos se triplicaron de 4.793 millones de pesos en el año 1998 a 15.878 en 1999. El 10% del total de tutelas presentadas en 1995 eran por salud con conexidad de vida digna, que se incrementó en el primer semestre de 1999 al 30%<sup>2</sup>.

Para la Corte se puede instaurar tutela para proteger el derecho a la salud cuando la prestación médica sea necesaria para una vida digna y el accionante haga parte del régimen contributivo y se encuentre vinculado a una EPS. Incluso cuando la prestación está excluida del POS, tiene derecho al tratamiento cuando un médico de la EPS lo haya ordenado, no exista uno equivalente en el POS y la persona no cuente con recursos económicos para pagarlo, y con el fin de no afectar el equilibrio contractual de las EPS, esta puede repetir contra el FOSYGA (Fondo de Solidaridad Y Garantía). Una doctrina similar ha desarrollado la Corte para las

---

<sup>2</sup> Cifras presentadas por Rodrigo Uprimny en “Reforma a la Tutela: ¿Ajuste o desmonte?”, publicado en las memorias del foro “Reforma a la Justicia – Acción de tutela una reforma necesaria”, p. 128, 2003, editorial Gente Nueva.

personas del régimen subsidiado en especial portadoras del VIH, incluso ha protegido a quienes no se encuentran en el régimen contributivo ni el subsidiado, sino tan sólo vinculadas al sistema por subsidios a la oferta<sup>6</sup>.

Un ejemplo que ilustra tal situación fue el caso de un niño al que se le reconoció el derecho a la salud en conexidad a la vida digna, por medio de un tratamiento contra la leucemia que sólo podía hacerse por medio de un trasplante en los Estados Unidos, con un costo alrededor de 2.000 millones de pesos en el 1999<sup>3</sup>. ¿Cuántas personas se hubieran podido proteger con este dinero? ¿Dónde queda el principio a la igualdad, la democratización del gasto público y el interés general sobre el individual?

Costosos tratamientos ordenados por vía de tutela para salvar algunas vidas aisladas, afectan recursos que pueden ser utilizados en forma más eficiente para ampliar la cobertura del servicio de salud a sectores más pobres de la población, los jueces en esta materia, como en los casos anteriores analizados, están decidiendo sobre la repartición de los recursos estatales en forma arbitraria y olvidan que los tratados internacionales exigen que este tipo de derechos se protejan en forma progresiva. Incluso, la sociedad debe tomar decisiones trágicas como reducir recursos para enfermedades de alto costo con el fin de ampliar programas de salud básica.

#### *DEFENSA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE<sup>7</sup>.*

La Corte ha respondido a estas críticas con base en la inmunidad de los derechos fundamentales y la dignidad humana. Pues los operadores jurídicos al amparar los derechos sociales cuando se afecta la vida digna sólo están aplicando la Constitución. Suponer que el reconocimiento de estos derechos depende de una negociación política o disponibilidad de recursos, es acabar con su sentido normativo. Al legislativo le corresponde solucionar los problemas presupuestales para poderlos proteger, por lo que el impacto económico de tales decisiones no es una justificación de desprotección, pero sí un precio por la realización de un Estado Social de Derecho en una sociedad con carencias económicas.

---

<sup>3</sup> Ejemplo citado por Uprimny Rodrigo, *Ibidem*, p. 133, pie de página 56.

Por su parte Rodolfo Arango<sup>8</sup>, ha elaborado una teoría para la fundamentación dogmática de los derechos sociales. Según ésta, se deben proteger los derechos sociales con un énfasis en el individuo y no en el contenido del derecho. Quedando el derecho subjetivo definido como una posición normativa cuyo no reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular<sup>4</sup>, entrando a jugar un papel importante el concepto de urgencia.

Esta teoría se apoya en tres conceptos fundamentales: la libertad fáctica; la justicia compensatoria en contraste con la justicia distributiva y en sintonía con la función correctora del control constitucional y, la dignidad humana como fuente de obligaciones en el Estado social de derecho. En este contexto, cuando las condiciones de hecho acarreen un atentado contra la dignidad, se debe proteger a la persona en aquello indispensable y necesario para restablecer el sentido de la vida digna.

Así, el Estado está en la obligación de brindar esta prestación positiva cuando la persona se encuentra en: situación de necesidad que amenaza inminentemente sus derechos fundamentales; el legislador no ha tomado medidas para enfrentar tal situación; la actuación positiva del Estado puede evitar ese peligro y; la omisión del Estado implicaría una violación de derechos fundamentales.

#### *UNA POSICIÓN INTERMEDIA.*

Rodrigo Uprimny Yepes<sup>9</sup>, considera que el problema ha sido indebidamente radicalizado, pues en la medida en que se reconozca el carácter normativo de la Constitución Política hay que aceptar algún modo de protección para estos derechos. El problema no es si se debe o no judicializar los derechos sociales por medio del control de constitucionalidad, sino el tipo de protección.

Encuentra puntos coincidentes en ambas posiciones: i) por tratarse de normas constitucionales que deben ser aplicadas en una sociedad con carencias, se debe hacer una redistribución del ingreso para que puedan ser aplicadas; ii) debido a la imposibilidad de transformar una

---

<sup>4</sup> Al hablarse de “no reconocimiento injustificado”, cabe la pregunta ¿será que las razones expuestas por los críticos de este tipo de sentencias de la Corte Constitucional, no son suficientes para justificar el no reconocimiento del derecho, máxime si se habla del interés general sobre el particular?

sociedad inequitativa y con marginalidad económica en una sociedad justa, se debe determinar un contenido de aplicación inmediata; iii) se debe establecer el problema pensando en el juez y en el legislador, para elaborar un modelo de protección de los derechos sociales, conservando ambos la posibilidad de control y limitación de actividades.

En este contexto, propone articular la dignidad humana con la igualdad, teniendo en cuenta los recursos escasos. Para ello se deben determinar unos componentes básicos de los DHESC, que serían su contenido esencial, buscando en los tratados internacionales como el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas y el Protocolo de San Salvador. A partir de ese mínimo, se deben desarrollar progresivamente según la disponibilidad de recursos y las políticas públicas, pero una vez se desarrollen, esas metas serán también tutelables por medio del control constitucional.

Para el diseño de esas políticas el Estado debe tener en la cuenta el grado de protección ya alcanzado e incluir las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas, presentándose una inconstitucionalidad en caso de omisión. Así, la función del juez, en salud por ejemplo, no es añadir el POS sin importar el costo y, lo excluido de éste por parte de las autoridades políticas, debe ser justificado. En caso de que tal justificación de exclusión no sea suficiente, operaría inconstitucionalidad y se abre la posibilidad de concederlo por vía de tutela.

A lo anterior, se le adicionan las poblaciones potencialmente discriminadas, a las cuales el juez constitucional debe dar una especial protección porque sus condiciones sociales o enfermedades que padecen, pueden sufrir discriminaciones sociales. En este caso, la exclusión de planes de salud para que lleven una vida digna, tiene doble análisis de constitucionalidad, por un lado, debe explicarse porque el tratamiento no puede ser cubierto y por otro, que tal decisión no fue debido a motivos discriminatorios. De ahí que la Corte proteja en forma especial los portadores de VIH y a los enfermos de SIDA.

Esta propuesta estimula el diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales, y lo racionaliza al exigir una justificación especial de las omisiones. Además incita a una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, fortaleciendo la democracia y la protección de los derechos

individuales. Pero es precisamente la debilidad de nuestra democracia y la consecuente dificultad de defender derechos por medio de la legislación, la que fundamenta una crítica a este modelo, pues es la ley la encargada de ordenar el gasto público en esta materia.

En efecto, lo ideal es que los derechos sociales se desarrollen por medio de leyes y los jueces cumplan una función remedial cuando la ley para proteger estos derechos sea insuficiente. Pero cuando esa situación no se cumple, y se presenta una omisión del legislador que viola los derechos constitucionales, se cambia la interpretación que de estos derechos hace el juez, pues la percepción de un sistema legislativo inoperante, justifica el activismo judicial como remedio a la ausencia de la ley y su intervención en las competencias de otros órganos estatales.

Lo que plantea la solución es: i) que las autoridades definan el alcance de los derechos sociales; ii) una justicia constitucional que interviene en la defensa de estos derechos cuando no se cumplan los mínimos constitucionales; iii) la inconstitucionalidad por omisión, sería la forma como los jueces ejercen su control constitucional para que el legislativo asuma su responsabilidad en desarrollarlos, en lugar de que sea la Corte la que resulte legislando sobre la materia; y por último iiiii) implica un activismo judicial que jalona las instancias políticas, sin que ello implique una subordinación al poder judicial.

#### *ESTUDIO DE CASO: EL SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA.*

Teniendo todo lo anterior como un marco contextual, se analizará cual ha sido la actuación de la Corte por medio de su control constitucional, en uno de los temas que más afecta la macroeconomía Colombiana, esto es el sistema pensional y el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con el fin de determinar cuál ha sido su compromiso en el intento de remediar esta situación, la aplicación del interés general sobre el particular y el principio de equidad, como fundamentos del Estado Social de Derecho.

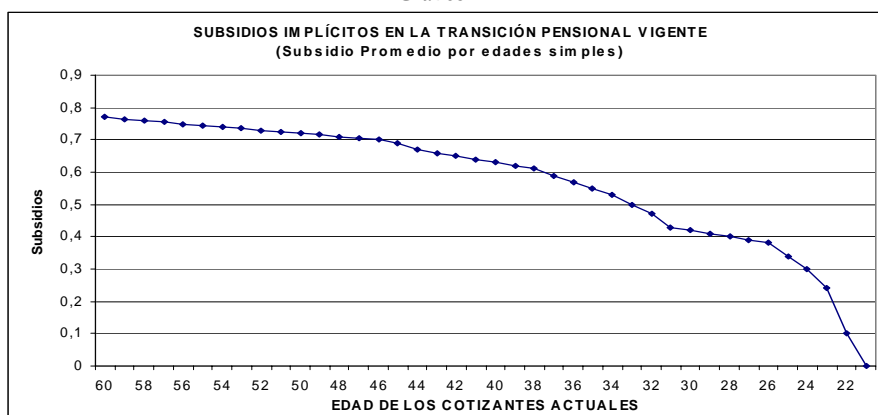
El sistema pensional en Colombia se encuentra en crisis financiera desde hace algún tiempo. La Ley 100 de 1993, intentó corregir la baja cobertura y las desigualdades entre los regímenes, se estableció un régimen de transición que prolongó por 20 años la aplicación de regímenes

anteriores, aplazando el efecto de la reforma hasta el año 2014, pero tuvo efectos contrarios al esperado.

En efecto, existe una desproporción entre los beneficios recibidos y lo aportado, que se hace evidente cuando se observan los subsidios otorgados a las personas cobijadas por el régimen de transición, es decir, lo que se paga a la persona por encima de su aporte y sus rendimientos. Subsidios que son pagados con recursos del presupuesto nacional, o sea, por todos los contribuyentes incluidos los de ingresos bajos.

En el régimen de prima media, se presenta un subsidio entre 42% y el 72% por salario mínimo pagado en las pensiones<sup>10</sup>. Según la CEPAL, cada afiliado al Seguro Social que se pensiona a las 1000 semanas es subsidiado en el 60% y a las 1400 semanas en un 56%, los subsidios son mayores para quienes disfrutan del régimen de transición, 69% para los que se pensionan a las 1000 semanas y 62% a las 1400<sup>11</sup>. De este modo, entre más elevado el monto de la pensión mayor es el subsidio, generándose inequidad social, pues los subsidios por parte de la Nación sólo se justifican en el caso de pensiones bajas, para asegurar el derecho al mínimo vital.

Gráfico 1.<sup>12</sup>



El régimen de transición, congela beneficio altos en comparación con estándares internacionales por un largo plazo, tanto en el monto de la mesada como en el tiempo en que se otorga la pensión. Así, para el régimen de prima media la mesada es del 65% mientras que el promedio internacional es del 44%, en la transición es entre el 75% y el 90%. La duración del retiro esperado, que se calcula contando los años entre la edad de pensión y la esperanza de vida, es en Colombia de 17 años para hombres y 15 para mujeres, el promedio internacional es

de 11 y 15 años respectivamente, en el régimen de transición la edad para la pensión es menor a los de los pensionados por el régimen de prima media, por lo que recibirán la pensión por mayor el tiempo<sup>13</sup>.

Lo anterior sin tener en cuenta que estudios de crecimiento demográfico muestran que la esperanza de vida crecerá paulatinamente, por lo que en la misma medida se aumentará el tiempo en que se paga la pensión y la inequidad intergeneracional, además que habrán menos jóvenes cotizando al sistema para pagar las pensiones ya reconocidas<sup>5</sup>.

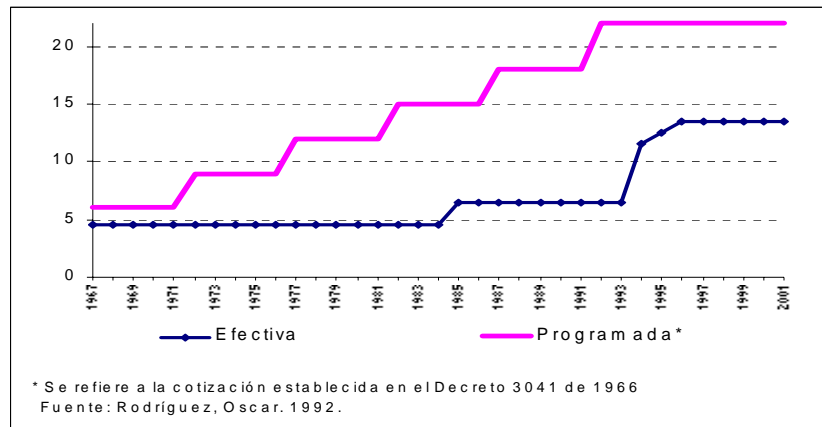
Tabla 1. Esperanza de vida al nacer. Colombia<sup>14</sup>

	<b>HOMBRES</b>	<b>MUJERES</b>	<b>TOTAL</b>
<b>60s</b>	<b>58</b>	<b>62</b>	<b>60</b>
<b>70s</b>	<b>60</b>	<b>64</b>	<b>62</b>
<b>80s</b>	<b>65</b>	<b>69</b>	<b>67</b>
<b>90s</b>	<b>72</b>	<b>74</b>	<b>73</b>
<b>2025</b>	<b>75</b>	<b>77</b>	<b>76</b>
<b>2050</b>	<b>77</b>	<b>79</b>	<b>78</b>

En el mismo sentido, las tasas de cotización en el régimen Colombiano son menores en comparación con los regímenes de otros Estados, a escala mundial las cotizaciones son en promedio entre el 18 y el 20% del ingreso<sup>15</sup>, mientras que en Colombia ésta es de 14.5%. Esto se debe al incumplimiento de lo establecido en el Decreto 3041 de 1966, según el cual la cotización se debía incrementar gradualmente de 9% a 22% en un lapso de 25 años que terminarían en 1992, con un 50% a cargo del empleador, 25% por el trabajador y 25% por el Estado, pero a los cinco años se suspendió el aporte del Estado por medio del Decreto 1935 y tampoco se reajustó cada cinco años hasta llegar al 22%<sup>16</sup>.

Gráfico 2. Cotización efectiva y Programada ISS<sup>17</sup>

<sup>5</sup> Para mayor información al respecto se puede consultar la investigación realizada por Olga Lucia Acosta Navarro, Jose Alberto Guerra Forero y Cristina Pombo de Buenaventura, de la Facultad de Economía de la Universidad del Rosario “Jóvenes y el Sistema Pensional Colombiano: inequidad intergeneracional”, próxima a ser publicada.



Así las cosas, y siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, el legislador buscó la forma de reformar el régimen de transición bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad para tratar de aliviar en algo el problema macroeconómico e inequitativo, promover la materialización del Estado Social de Derecho y propender la aplicación de principio de continuidad y sostenibilidad del sistema general de pensiones.

Para ello, promulgó la Ley 860 de 2003, que en su artículo 4 disminuía la cobertura del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del año 2014 al 31 de Diciembre de 2007, pero la posición mayoritaria de la Corte decidió declarar inconstitucional tal propósito por motivos de forma y de fondo<sup>6</sup>, mediante la Sentencia C – 754 de 2004, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

La Corte en esta sentencia recuerda que los derechos adquiridos se presentan cuando una persona ha cumplido todos los requisitos para ello y las meras expectativas de derecho es cuando no se han cumplido. Los derechos adquiridos están protegidos constitucionalmente en el artículo 58 de la C. P., pero las meras expectativas pueden ser modificadas por el legislador, dado que por encima de los intereses de adquirir un derecho está su potestad configurativa, que le permite darle prioridad a otros intereses más adecuados al cumplimiento del Estado

<sup>6</sup> En este caso sólo se tratará lo expuesto por la Corte en cuanto a la inconstitucionalidad por razones de fondo, por ser lo que nos convoca.

Social de Derecho, guiado por parámetros de justicia y equidad y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Del mismo modo recuerda que, en materia pensional quienes no han cumplido los requisitos para pensionarse sólo tienen meras expectativas, como ocurre con quienes se encuentran cobijados por el régimen de transición y que por lo tanto no tienen protección constitucional bajo el artículo 58. Así, para que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en materia de seguridad social, el legislador puede cambiar la edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión.

Esos cambios deben estar acordes con la realidad social del país, expectativa de vida, índices de mortalidad, aspectos demográficos y financieros, para que permitan a las personas gozar del derecho a la pensión, así como la sostenibilidad de los recursos pensionales. Pero con base en el principio de proporcionalidad, no se pueden variar abruptamente las expectativas de los trabajadores que están próximos a adquirir tal derecho, pero a pesar de recordarlo, no lo aplicó en su decisión.

La Ley 860 de 2003 en su artículo 4, dejaba el régimen de transición vigente por otros cuatro años más, haciendo una reducción de seis años, que para nuestro juicio no varía en forma arbitraria las expectativas de derecho a la pensión, por lo tanto es proporcional. Sin embargo esto, no lo analizó la Corte, y utilizó como argumento para declarar la inconstitucionalidad la teoría de los derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, cambiando toda su jurisprudencia previa al respecto.

En efecto, en la Sentencia C – 789 de 2002<sup>18</sup>, aclara que al modificarse las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición, sólo se modifican meras expectativas, pero agrega en la Sentencia C – 754 de 2004 que, ello no significa que las condiciones para continuar en él, también puedan ser modificadas una vez se cumplan todos los requisitos en él establecidos<sup>7</sup>, si bien, el régimen de transición pensional no configura un derecho constitucionalmente adquirido, sí “consolida una situación concreta que no se les puede menoscabar”<sup>19</sup>.

---

<sup>7</sup> Subrayado propio

Después de estas afirmaciones hechas por la Corte, termina su sentencia recordando nuevamente, que el legislador puede establecer regímenes de transición y que puede modificarlos, incluidas las condiciones para adquirir el derecho a la pensión, respetando en todo caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La Corte no hizo ningún análisis de razonabilidad o proporcionalidad, o la afectación injustificada por la reforma pretendida a la progresividad de los derechos sociales, o la necesidad de garantizar la estabilidad y sostenibilidad fiscal del sistema pensional, además que borra, para este caso especial, la distinción entre derechos adquiridos y expectativas de derecho.

Los Magistrados que salvan el voto<sup>8</sup>, no comparten los argumentos expuestos con respecto a la inconstitucionalidad material<sup>9</sup>. En efecto, consideran que el régimen de transición se puede modificar, porque no es un derecho sino una mera expectativa, que se consolida como derecho cuando la persona que lo cobija cumple los requisitos para acceder a la pensión. Ahora, al regular la Ley 100 el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo, que permitiera hablar de derecho a la pensión y derecho al régimen de transición, sino que se modificaron las condiciones para obtener aquel derecho.

Además, por la relevancia normativa de los hechos sociales y económicos, es imposible mantener una posición de irreversibilidad de las conquistas sociales. Un retroceso en las conquistas en materia de derechos sociales es en principio inconstitucional, pero puede ser justificable<sup>10</sup> y por ello sometida a un control constitucional más severo. De ese modo, para que sea constitucional, se debe demostrar razones imperiosas que hacen necesario tal paso regresivo.

Consideran que esta sentencia contradice el principio de Estado Social de Derecho<sup>11</sup>, sí se tiene en cuenta el contexto socio – económico en el cual el Congreso intentó modificar el régimen

---

<sup>8</sup> Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>9</sup> Pero comparten la inconstitucionalidad por vicios de forma.

<sup>10</sup> Subrayado propio.

<sup>11</sup> Podría pensarse que hacen referencia a la prevalencia del interés general sobre el individual.

de transición, tiene efectos negativos en la distribución de recursos públicos, que se hace más evidente desde una perspectiva intergeneracional.

La sentencia C – 789 de 2002, que supuestamente sirvió de fundamento para la sentencia C – 754 de 2004, tenía como pretensión la declaratoria de inexecutable de las normas que permitían dejar de aplicar el régimen de transición a quienes hubieran cumplido las condiciones de edad y tiempo de servicios fijadas en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100, y que posteriormente se afiliaran voluntariamente al sistema de ahorro individual con solidaridad. El accionante consideraba que el régimen de transición constituía un derecho adquirido. Frente a esta pretensión la Corte incluyó un apartado titulado: “3.1 Frente a un tránsito legislativo el acceso a un régimen de transición en pensiones no es un derecho adquirido sino una expectativa legítima<sup>20</sup>”, que esta última sentencia no tuvo en cuenta.

La Corte ha establecido que la labor del juez en un Estado Social de Derecho, no puede desconocer aspectos socioeconómicos pertinentes para fallar, por ejemplo en las sentencias sobre leyes anuales de presupuesto, se ha respetado la racionalización del gasto público y se han valorado las metas de la política macroeconómica en coyunturas críticas, como manifestación del interés general. Pero al concluirse que no se puede modificar el régimen de transición en materia pensional, se restringe la facultad legislativa de adaptar las políticas que considere negativas para la efectividad de los derechos de las personas de la tercera edad y distribución del ingreso del Estado.

Además, los medios para conseguir los recursos sería i) el aumento de las cotizaciones para pensión, para hacer sostenible los beneficios de los pocos cobijados por el régimen de transición, trasladando el costo a quienes no son beneficiarios y gravando las inequidades intergeneracionales, ii) financiar los subsidios con impuestos y iii) reducir el gasto social que beneficia a indigentes y pobres, personas más desprotegidas que aquellos que reciben varios salarios mínimos mensuales como pensión.

De lo anterior podemos concluir que la Sentencia analizada: 1. Asimila el régimen de transición a un derecho adquirido; 2. Desconoce la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la materia petrificando el régimen de transición, petrificación que es insostenible debido a cambios

demográficos y económicos. Se debió respetar la doctrina anterior, que permite la modificación del régimen siempre que se justifique y se respeten criterios de razonabilidad y proporcionalidad. No se estudió si estos criterios eran respetados en la modificación que se pretendía o por lo menos haber usado el criterio de conexidad como argumento para declarar la inexecutable.

La Corte no tiene un compromiso con la reducción de los efectos negativos macroeconómicos de sus fallos, pues fue capaz de cambiar su jurisprudencia y aplicar criterios poco coherentes para declarar la inexecutable de la reforma pretendida.

---

<sup>1</sup> Sentencia C – 449 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>2</sup> Clavijo, Sergio, “Fallas y Fallas Económicas de las Altas Cortes: el caso de Colombia 1991 – 2000”, publicado en [www.barep.gov.co](http://www.barep.gov.co), p.2

<sup>3</sup> Clavijo, Sergio, Ibidem, p. 4

<sup>4</sup> SÁCHICA, L. C. “Los Jueces Acaban la Separación de Poderes”, Revista Consigna, Septiembre, Bogotá - Colombia, 2002, Citado por Sergio Clavijo, Ibidem, p.6

<sup>5</sup> Constitutional Court of South Africa. Soobramoney Vs. Minister of Health, Case CCT 32 Noviembre 1997, Citado en Uprimny Rodrigo, “Reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte?”, p. 125, en Memorias Foro Reforma a la Justicia - Acción de Tutela Una Reforma Necesaria, 2003, ed. Gente Nueva.

<sup>6</sup> Uprimny Rodrigo, Ibidem, p. 129

<sup>7</sup> tomado de Uprimny Rodrigo, Ib, p. 131

<sup>8</sup> Arango. Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, revista de derecho público – Facultad de derecho Universidad de los Andes 12, citado por Uprimny Rodrigo, Ib, p. 131, pie de página 55.

<sup>9</sup> Uprimny Rodrigo, Ibidem, p. 132

<sup>10</sup> Luis Jorge Garay Salamanca, Colombia entre la Exclusión y el Desarrollo, Propuesta para la transición al Estado Social de Derecho, Contraloría General de la Nación, 2002, p. 149 y 150, citado en el salvamento de voto de la Sentencia C – 754 de 2004, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>11</sup> Acosta y Ayala, Algunas reflexiones basadas en el caso de Colombia, presentación preparada para un seminario en pensiones organizada por el Banco Mundial y Fedesarrollo, en Junio de 2004, p. 29, citado en el salvamento de voto de la Sentencia C – 754 de 2004, Ibidem.

<sup>12</sup> Tomada de la investigación “Jóvenes y Sistema Pensional Colombiano: inequidad intergeneracional”, Fuente: DNP de un Documento en curso elaborado por: Gabriel Piraquive, Javier Osorio y Juliana Martínez

<sup>13</sup> Acosta y Ayala, p. 29, Ibidem.

<sup>14</sup> Fuente: DANE, presentada en “Jóvenes y el Sistema Pensional Colombiano: inequidad intergeneracional”

<sup>15</sup> Luis Jorge Garay Salamanca, p. 147 y 148, Ibidem

<sup>16</sup> Tomada de la investigación “Jóvenes y Sistema Pensional Colombiano: inequidad intergeneracional”, Acosta Navarro Olga Lucía, Guerra Forero José Alberto y Pombo de Buenaventura Cristina, Facultad de Economía Universidad del Rosario, Próximo a publicarse.

<sup>17</sup> Tomada de la investigación “Jóvenes y Sistema Pensional Colombiano: inequidad intergeneracional”, Ibidem.

<sup>18</sup> M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> Sentencia C – 754 de 2004, Ibidem.

<sup>20</sup> Salvamento de voto, Sentencia C – 754 de 2004, Ibidem.

---

## CONCLUSIONES.

---

1. La Corte Constitucional por medio de su control constitucional en materia de derechos sociales ha venido afectando la macroeconomía del país, la distribución de los recursos, ha aumentado las inequidades sociales y desconocido el interés general sobre el particular, además de los principios de la economía de mercado consagrados constitucionalmente. Para solucionar esto, se propone que la Corte se limite a su función legislativa negativa y no intervenga en la función del órgano legislativo sobre la materia.

2. La Corte Constitucional, argumenta que la protección de los derechos sociales se justifica cuando se ven afectados derechos fundamentales y la dignidad humana, sin que sea la falta de recursos para ello un argumento válido para su no protección. Pues es un costo que hay que pagar en un Estado social de derecho con carencias presupuestales.

3. Se propone una teoría intermedia, que conjuga la dignidad con la igualdad sin desconocer que los recursos son escasos. Estableciendo un contenido esencial de los DHESC que no puede ser desconocido por los órganos judiciales y el legislador, y a partir de allí comenzar con el desarrollo progresivo de tales derechos.

4. Del estudio de caso, se observa que la Corte tiene poco compromiso para solucionar el problema macroeconómico del país, hasta el punto de variar su jurisprudencia previa y aplicar criterios poco coherentes para declarar inconstitucional el intento de reforma al régimen de transición en materia pensional.

#### *BIBLIOGRAFÍA.*

Acosta Navarro, Olga Lucia; Guerra Forero, José Alberto; Pombo de Buenaventura, Cristina, "Jóvenes y sistema pensional Colombiano: inequidad intergeneracional", Bogotá, próximo a publicarse.

---

Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, Bogotá, Revista de derecho público – Facultad de derecho universidad de los Andes, 12.

Clavijo, Sergio, “Fallos y fallas de las altas Cortes: el caso de Colombia 1991 – 2001”, Bogotá.

Estadísticas sobre la tutela, 1999. Bogotá: Corte Constitucional – Consejo Superior de la Judicatura.

Memorias del foro “Reforma a la justicia – acción de tutela, una reforma necesaria”, Bogotá, Editorial Gente Nueva, 2003, p.p.121 – 141

Sáchica, Luis Carlos, “Los jueces acaban con la separación de poderes”, Revista Consigna, Bogotá, 2000.

Sentencia C – 383 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C – 700 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C – 747 de 1999, Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C – 754 de 2004, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

Sentencia C – 815 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C – 1433 de 2000, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel.

Sentencia C – 1549 de 2000, Magistrado Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.