

DE LA INTEGRACIÓN INTERNACIONAL, LOS SUBSIDIOS, LA PROTECCIÓN SOCIAL Y EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL CON EL REINO DE ESPAÑA*

*Fernando Castillo-Cadena***

RESUMEN

La integración económica en un mundo con recursos escasos y ventajas comparativas entre países se perfila como un estadio necesario para incrementar el bienestar social global. No obstante, la integración internacional abarca no solamente el tráfico de bienes y servicios, sino también el tráfico de los factores de producción, capital y trabajo. Ahora bien, los tratados de integración suelen generar temores en la gente del común, temores que son capitalizados por los actores políticos en cada país y que se traducen en medidas proteccionistas como los subsidios; estos últimos, como medida de protección o de fomento de una actividad, a pesar de que todo el mundo los critica, son defendidos en los acuerdos de integración por casi todos los países. El presente trabajo realiza un profundo estudio sobre los subsidios implícitos estipulados en el Convenio de Seguridad Social, suscrito entre Colombia y el Reino de España, con el cual se pretende ampliar la protección social de los nacionales de ambos países. El autor se centra en determinar los problemas de inequidad e ineficiencia que surgen con la aplicación del convenio, en relación con el fin fundamental de la seguridad social, cual es la protección social. El autor concluye que el convenio de seguridad social permite una inequitativa e ineficiente utilización de los recursos de la seguridad

*Fecha de recepción: Julio 22 de 2008
Fecha de aceptación: Octubre 27 de 2008*

* El presente trabajo es resultado parcial de la investigación que encabeza el autor sobre el derecho económico de la seguridad social, que se enmarca dentro de la línea de investigación en Derecho Económico del Grupo de Investigación en Derecho Económico –GIDE– de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Derecho Económico por la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad Santo Tomás. Profesor Investigador de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: f.castillo@javeriana.edu.co

social de ambos países, y muestra los aspectos que permitirían mejorar el esquema de protección social, llamando la atención especialmente sobre el grupo de población en riesgo que verdaderamente debiera protegerse, mediante la celebración de un convenio de seguridad social en pensiones.

Clasificación JEL: F22, F53, K33, H55

Palabras clave: Integración internacional, tráfico de factores de producción, subsidios, pensiones, convenios de seguridad social.

INTERNATIONAL ECONOMIC INTEGRATION, SUBSIDIES, SOCIAL PROTECTION AND SOCIAL SECURITY COVENANT BETWEEN COLOMBIA AND THE KINGDOM OF SPAIN

ABSTRACT

Economic integration in a world of scarce resources and comparative advantages among countries is becoming a necessary stage in order to increase global welfare. Nonetheless, international integration covers not only the traffic of goods and services, but also the traffic of factors of production, capital and work. Thus, integration treaties usually frighten common people, frightening that is in turn capitalized by political actors in each Nation and that results in protectionist measures as subsidies being adopted; they may be either protectionist or foment measures favoring an activity and regardless of everybody's criticizing them, they end up being defended in all integration accords and by almost all countries.

The present work carries out an in-depth study of implicit subsidies established in the Social Security Covenant with which social protection of nationals of Spain and Colombia is sought. The autor focuses on determining inequality and inefficiency problems arising upon the application of the covenant as to the main purpose of social security which is social and society protection. The author concludes that the social security covenant subscribed between Colombia and Spain permits a non equitative nor efficient use of social security funds and resources of both countries to take place, and he shows the aspects that would permit the bettering of the social security structure, particularly focusing on a risk population group that should be truly protected through the execution of a pension social security covenant.

JEL Classification: F22, F53, K33, H55

Key words: *International integration, production factors traffic, subsidies, pensions, social security covenants.*

INTRODUCCIÓN

La integración internacional, como forma de garantizar la fluidez en las relaciones económicas entre países, a pesar de su mala reputación, permite mejorar el bienestar social mundial, toda vez que allana los mecanismos necesarios para obtener una mejor utilización de los recursos escasos disponibles y, con ello, una mayor producción mundial. Dados los costos y beneficios que impone un determinado esquema de integración, no es difícil imaginarse a los países dedicándose a aquellas actividades donde obtienen una ventaja comparativa, utilizando sus recursos propios de manera eficiente y con ello generando riqueza por la venta de su producción en el mercado mundial; como tampoco lo es ver a ese país disfrutar de los productos importados que se adquieren a un menor precio que los productos nacionales dado su costo de producción en el mercado extranjero.

Sin embargo, a pesar de los beneficios que en la práctica asegura la integración entre países, para los ciudadanos los acuerdos de integración económica y social son impopulares. El temor a la quiebra de industrias intensivas en trabajo, y por consiguiente al desempleo, se encuentra inmerso en el inconsciente del ciudadano. Por ello las propuestas que muchos actores del concierto nacional realizan en cualquier país, en torno a la protección de su industria, encuentran eco en los gobiernos de turno. Una de las formas como las autoridades “protegen” la industria nacional es a través de los subsidios. Desde luego, este juego de intereses desdibuja muchos de los beneficios que se podrían obtener a través de la integración y, por ende, coloca profundas dudas sobre el contenido de los convenios dada la capacidad de negociación de las partes.

Como resulta evidente, muchos países al momento de negociar un acuerdo de integración buscan la manera de hacer valer los subsidios que otorga a sus productores utilizando su capacidad de negociación. Sin embargo, en algunas ocasiones los países negociantes se ponen de acuerdo sobre los subsidios que son pertinentes para garantizar el éxito del convenio, sacrificando casi siempre la eficiencia en procura de estabilidad interna tanto política como social.

Los subsidios a los factores de producción, como política de protección a la integración internacional, pueden revestir muchas formas. En el caso del factor trabajo, un subsidio a la migración laboral internacional se entiende como una ayuda que otorga el Estado de origen a los trabajadores migrantes que logren acceder a un puesto de trabajo en el exterior. Desde luego, aunque parezca algo raro, los subsidios al tráfico de factores se pueden analizar económicamente de la misma manera que los subsidios otorgados por un gobierno a los bienes y servicios de exportación.

En el presente trabajo se realiza un análisis de equidad y eficiencia sobre los subsidios implícitos a la migración laboral que contiene el Convenio de Seguridad Social que celebró Colombia con el Reino de España el 6 de septiembre del 2005. Su objetivo central es determinar si el Convenio de Seguridad Social optimiza el uso de los recursos escasos de la seguridad social en ambos países; y si además, la implementación del convenio impulsa la equidad entre todos los beneficiarios de los sistemas de seguridad social; o si por el contrario, establece factores de inequidad no justificados desde el punto de vista normativo en un sistema de protección social.

Para lograr nuestro objetivo, en la primera parte realizaremos un recuento de las justificaciones y de las ventajas de la integración económica internacional; en la segunda parte estudiaremos la naturaleza de los subsidios, en especial los subsidios al tráfico laboral y, desde luego, el tratamiento legal de los subsidios en la legislación colombiana; en la tercera parte abordaremos el estudio del convenio de seguridad social suscrito con el Reino de España, indagando especialmente por los subsidios implícitos que establece; en la cuarta parte abordaremos el estudio de los problemas de inequidad e ineficiencia que plantea el Convenio de Seguridad Social. Finalmente brindaremos algunas conclusiones.

1. EL TRÁFICO DE FACTORES, LA INTEGRACIÓN INTERNACIONAL Y SUS BENEFICIOS

Cuando se aborda el tema de la integración internacional comúnmente se entiende que nos referimos al tráfico de bienes y servicios. Este tráfico mercantil no es la única forma que tienen los países para relacionarse económicamente, la integración entre países también puede lograrse a través del tráfico de factores.

La migración laboral, como parte del tráfico de factores, ha merecido profundo estudio por parte de los investigadores en economía internacional, quienes han llegado a la conclusión de que su análisis no difiere en mucho del que usualmente se hace para el tráfico de bienes y servicios.

Un país con abundancia de capital tiene dos opciones: puede importar bienes intensivos en trabajo; o puede contratar trabajadores migrantes. Sin embargo, esta última medida suele engendrar más dificultades políticas que las que genera la importación de bienes. Varios son los problemas que plantea la migración laboral en el país de destino: en primer lugar nos encontramos con los problemas de discriminación por razón de raza, sexo, religión y edad, entre otras, que enfrenta el migrante; en segundo lugar, el temor de la población local por la posibilidad de que a través de la migración laboral se puedan esconder conductas delictivas como la trata de personas; y en tercer lugar, la creencia de que la migración de trabajadores suele ser utilizada para desplazar la oferta local de trabajo, deteriorar

el ingreso o reducir la calidad de vida de la población. Por ello los gobiernos suelen imponer barreras de entrada a la libre movilidad del trabajo.

En general, como en las cuestiones de comercio, es cierto que el tráfico internacional de trabajo mientras permite que unos grupos sean mejorados, deja a otros en peor situación. Sin embargo, debemos añadir que, como en el comercio internacional, el tráfico de factores contribuye a aumentar la producción mundial, generando externalidades positivas que son valiosas. Por ello, para valorar la eficiencia de una medida de liberalización de la movilidad laboral, es menester aplicar el criterio de Kaldor-Hicks. En efecto, dado que existen ganadores y perdedores por un cambio en la situación, deben valorarse las pérdidas y las ganancias sociales ocasionadas. Si resulta una ganancia lo suficientemente amplia como para que los perdedores se vean potencialmente compensados por la pérdida que tienen, y además resulte un excedente a favor de la sociedad, la eficiencia en la medida está dada, pues la sociedad habrá mejorado en su conjunto.

Así lo sugiere la teoría más convencional de la economía internacional, la cual establece que, suponiendo dos países con libertad de movilidad laboral, habrá convergencia en relación con el salario real entre estos países, por la redistribución de la fuerza laboral entre ambos. Ello puede explicar en parte las resistencias políticas a la movilidad laboral arriba mencionadas, a pesar de las ganancias netas por el aumento en la producción mundial. Al fondo, las resistencias políticas nos muestran la poca aceptación del criterio de eficiencia expresado por Kaldor y Hicks, a pesar de los beneficios que su aplicación pueda generar a la sociedad.

Ahora bien, suponiendo interdependencia, cuando la oferta laboral de un país es superior a la de otro, es de esperarse que los salarios en el primer país sean más bajos. Sin embargo, cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando la oferta laboral es inferior a la del otro, los salarios son más altos, toda vez que el recurso humano es escaso. Lo anterior implica que, en este segundo caso, están dados los incentivos para que las personas, dada su capacidad laboral, migren hacia el país donde la oferta laboral es inferior a la demanda de trabajo. Las promesas de trabajo mejor remunerado, las mayores posibilidades de desarrollo profesional, incluso el estado de bienestar del país crean incentivos para que las personas se trasladen de un país a otro.

El problema del incentivo es que, a pesar de las sanciones propuestas por la legislación de los diferentes gobiernos, muchos trabajadores buscan migrar en forma ilegal, creando costos al estado receptor de esa inmigración ilegal¹. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, nos referiremos sólo a la migración legal.

¹ Pero además, por falta de una inserción legal al país los inmigrantes ilegales tienen mayor posibilidad de ser explotados y de ser sometidos a actividades delictivas.

Como ya lo hemos mencionado, el tráfico de factores, entre ellos la movilidad laboral, trae beneficios relacionados con un aumento en la producción mundial; pero también trae otras clases de beneficios sociales muy importantes.

La migración legal de trabajadores puede traer externalidades positivas al país que la recibe. En el caso de España es claro, por ejemplo, que la migración ha contribuido a mejorar las cuentas de la seguridad social²; además esta misma migración ha mejorado la tasa de natalidad creando más certidumbre sobre la viabilidad del programa de seguridad social española en el mediano y largo plazo³. Así mismo, es claro que la mayoría de migrantes en España están realizando oficios que los nacionales españoles, dado su nivel de formación, no desean realizar y que son intensivos en esfuerzo como el sector agrícola, la construcción y el servicio doméstico⁴.

Así mismo, para el país que exporta su fuerza laboral existen algunas externalidades. En el caso de Colombia, además de emplearse recurso humano que estaba en situación de desempleo⁵, le ha favorecido a su economía el hecho de que los trabajadores envíen remesas al país para la manutención de su familia o para su propio ahorro⁶. En nuestro caso particular, las remesas constituyen la segunda fuente de ingresos corrientes de la balanza de pagos representando el 2,6% del PIB para el año 2007⁷. Pero además, como lo señaló KHOUDOUR-CÁSTERAS (2008) la emigración permite suplir la ausencia de subsidios para los desempleados⁸. Desde luego, existen múltiples costos y preocupaciones en torno a la migración. Algunos estudios muestran que se está creando una dependencia de las remesas, y que los receptores de ellas están sustituyendo el tiempo en trabajo formal hacia otros usos como las actividades domésticas. KHOUDOUR-CÁSTERAS también informa sobre los costos psicológicos por el hecho de la separación de familias, sobre todo para los hijos menores.

2 Mientras en 1999 había 334.976 extranjeros cotizando a la seguridad social española, en 2005 la cifra de cotizantes ascendió a 1.688.598. Véase: GARCÍA DOMÍNGUEZ, MAR. Género y remesas: Migración colombiana desde el AMCO hacia España (2007). p. 17.

3 Véase: Movimiento natural de la población. Datos provisionales 2007. Boletín de prensa. Instituto Nacional de Estadística, INE. <http://www.ine.es/prensa/np507.pdf> (Junio 2008)

4 Véase: GARCÍA DOMÍNGUEZ, MAR. Ob. cit. p. 33.

5 De acuerdo con el Banco de la República, la principal causa para la emigración que vivió Colombia durante los años 1997 a 2004 fue la económica por pérdida o incapacidad para conseguir empleo. Véase en: Intervención del Gerente General del Banco de la República ante la Comisión III del Senado de la República el 31 de mayo del 2005. Véase: <http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/Congreso-Remesas-mayo-05.pdf> (Junio 2008).

6 Durante el año 2007 ingresaron al país más de cuatro mil millones de dólares por concepto de remesas realizadas por trabajadores. Fuente: Banco de la República. Véase: http://www.banrep.gov.co/estad/dsbb/remesas_mensuales.xls (Julio, 2008)

7 Véase: Informe de la Junta Directiva al Congreso de la República. Marzo 2008. Banco de la República.

8 Véase: KHOUDOUR-CÁSTERAS, DAVID. (2008) ¿Constituye la emigración un factor de desarrollo? Diez lecciones de la experiencia colombiana.

No obstante lo anterior, consideramos que en forma similar al tráfico de bienes y servicios, los beneficios que entrega el tráfico de factores, entre ellos el trabajo, son superiores a los costos que se producen por esta razón. Es cierto que el tráfico del trabajo impone costos; pero aun esos costos se traducen en ciertos beneficios que deben ser valorados. Por ejemplo, un costo importante de la migración laboral es el que tiene que ver con la sustitución que hace el agente receptor de las remesas, de trabajo formal a otras actividades; en realidad ello no significa necesariamente mayor inversión en actividades improductivas sino mayor dedicación a las actividades domésticas, como por ejemplo, el cuidado de los hijos que garantiza un mejor capital humano, y que por ende, debe ser valorado como beneficios para la sociedad desde el punto de vista económico⁹.

2. LOS SUBSIDIOS EN COLOMBIA Y LOS SUBSIDIOS AL TRÁFICO DE FACTORES

A pesar de los beneficios que asegura la integración entre países, en la práctica, para los ciudadanos los acuerdos de integración económica y social son impopulares. El temor a la quiebra de industrias intensivas en trabajo, y por consiguiente al desempleo, se encuentra inmerso en el inconsciente del ciudadano. Por ello las propuestas que muchos actores del concierto nacional realizan en cualquier país en torno a la protección de su industria, encuentran eco en los gobiernos de turno. Una de las formas como las autoridades “protegen” a la industria nacional es a través de los subsidios. Esta práctica en realidad, y a pesar de lo condenada que se encuentra, es bastante común. Como se sabe, tanto los Estados Unidos de América como los países que conforman la Unión Europea, cuyas economías son desarrolladas, subsidian su sector agropecuario. Por tanto, es más común de lo que se piensa que, en la negociación de los tratados de integración, los países intenten mantener vía acuerdo los subsidios que han otorgado a la producción.

En este apartado nos dedicaremos al estudio de los subsidios, y en concreto al subsidio al trabajo como factor de producción. En primer lugar definiremos lo que se entiende por subsidio, para, en segundo lugar, entrar a establecer si la migración laboral debe ser subsidiada.

2.1. Un vistazo a los subsidios

La definición de subsidio que más se acerca a su naturaleza es aquella difundida por la economía, que lo señala como un beneficio económico directo o indirecto que

⁹ Los hijos en la sociedad occidental son considerados más como bienes de consumo que como bienes de producción. Como los primeros, los padres desean hacer inversiones más fuertes en capital humano, lo que incluye la dedicación de los padres, especialmente de la madre, en los cuidados personales durante los años de infancia. Véase: CABRILLO RODRÍGUEZ FRANCISCO. Matrimonio, familia y economía. pp. 159 y ss.

el Estado otorga a la producción o al consumo. De otra forma, se puede entender como subsidio la diferencia entre el costo total de un bien o servicio y el monto al que se vende en el mercado. Los subsidios suelen revestir muchas formas; los hay explícitos o implícitos. Un subsidio como el que otorgan las Cajas de Compensación Familiar es un subsidio explícito a favor del trabajador; una exención fiscal es un subsidio implícito, casi siempre a favor del productor.

La función básica del subsidio es el fomento de una actividad de producción o consumo. No obstante, debe observarse que los subsidios distorsionan la decisión económica; y con ello en muchos casos se crean pérdidas irrecuperables de eficiencia.

2.2. Los subsidios al tráfico laboral

Uno de los argumentos a favor de los subsidios a la exportación de bienes y servicios es que permiten la entrada de productos nacionales a los mercados extranjeros donde puede obtenerse una renta a favor. Cuando los gobiernos subsidian las exportaciones, como lo señalan STIGLITZ Y WALSH, las empresas exportadoras reciben una ventaja injusta: “El comercio es determinado no sobre la base de la ventaja comparativa sino por el nivel relativo de los subsidios”¹⁰.

Ahora bien, el país receptor no se ve desmejorado porque reciba productos que son subsidiados por el país de origen. Como lo afirman los mismos autores, si el país receptor se beneficia de los bajos costos del producto, inducidos por el subsidio, no habría de qué quejarse, “presumiblemente los consumidores se podrían quejar si los subsidios fueran parte de una política dirigida a eliminar las empresas de la competencia y establecer una posición de monopolio, con el fin de incrementar posteriormente los precios. La mayoría de los subsidios no caen en esta categoría”¹¹. En realidad creemos que esta última afirmación tiene bastante validez para el tema que entraremos a analizar en la sección 3 del presente trabajo.

Pero la pregunta de fondo es si todo lo anterior puede aplicarse a la migración laboral internacional. En otras palabras, ¿cuáles serían los efectos y las consecuencias de un subsidio al tráfico laboral? Analicemos entonces los efectos de un subsidio a la migración laboral.

Por definición sabemos que el precio del trabajo es el salario. Asumamos que W es el salario al que tendría derecho un trabajador migrante, de determinadas calidades, en el país receptor. Al establecer el país de origen un subsidio explícito

10 STIGLITZ, JOSEPH E; Walsh, Carl E. Economics. p. 439. Traducción libre.

11 STIGLITZ, ibidem.

a la migración laboral por un valor de S , el trabajador migrante podría buscar en el país receptor un trabajo que le reportara un salario ($W-S=$) p . Las consecuencias económicas son fáciles de determinar: Afuera otros supuestos, los empleadores del país receptor preferirían contratar al trabajador migrante al salario P , toda vez que ello le permitiría minimizar los costos de producción y, por tanto, ser más competitivos en su respectivo mercado. Desde luego, ocurriría lo que ha pronosticado la economía en el sentido de que los trabajadores menos o igual de habilidosos (o menos o igual de educados) quedarían desempleados, causándoseles un perjuicio económico¹². Sin embargo, si tomamos en cuenta la economía en su conjunto, las ganancias pueden ser mayores que las pérdidas y, por tanto, se debe incrementar el estado de bienestar en el país receptor. Como se observa, los resultados no son muy diferentes de los que se tendrían en el caso del tráfico de bienes y servicios.

Sin embargo, es claro que para el Estado de origen existe una erogación que debe ser cubierta con cargo a su presupuesto y que tiene un costo de oportunidad. *Ceteris paribus*, la justificación para otorgar un subsidio explícito a la migración laboral viene dada por un ahorro en la cuantía de un presunto auxilio de desempleo que se podría otorgar en el país de origen. Así, si el subsidio es inferior al valor del auxilio de desempleo, una parte de este último se podría dedicar a un uso alternativo y por tanto, sería una medida eficiente. Pero si el costo del subsidio es superior al costo del auxilio de desempleo, la medida sería totalmente ineficiente. Examinemos los costos y beneficios que producen tanto un subsidio a la migración laboral como un auxilio de desempleo.

Arriba hemos tratado de identificar posibles beneficios por efecto de la migración laboral como las remesas; no obstante las remesas son temporales: Los migrantes que deciden permanecer en territorio extranjero suelen someterse a programas de reagrupación familiar, decisión que implica una disminución en el valor esperado de las remesas, desde el momento en que se realiza la mencionada reagrupación. Por tanto, las remesas deben contarse como un beneficio limitado en el tiempo.

Por el lado de los costos del subsidio, encontramos que la entrega de éste impone costos de administración, vigilancia y monitoreo, sobre la actividad del trabajador

12 He aquí una de las razones por las cuales la migración laboral es impopular en el país receptor. La posibilidad de pérdida del empleo o la reducción de salarios, que es asociada a la pérdida de bienestar, hace que los países receptores de inmigración aplaudan las medidas que controlen al máximo la inmigración. Incluso países que se desarrollaron gracias a la transferencia efectiva de capital humano, como los Estados Unidos de América, hoy imponen severas restricciones a la inmigración laboral. Ahora bien, la inmigración ha sido la causa de la reducción en los salarios de las personas que no alcanzan el grado de educación secundaria en los Estados Unidos de América. Sin embargo, algunos estudios consideran que los inmigrantes, dado el nivel de escolaridad, son sustitutos imperfectos de la oferta laboral local. Véase: BORJAS, R. et al. (1996) "Searching for the effect of immigration on the labor market". *American Economic Review*.

migrante con el fin de determinar su permanencia en el mercado de trabajo en el país receptor durante el tiempo que dure el subsidio; costos que, se intuye, son bastante altos¹³; pero además impone la pérdida para la economía local del capital humano que decide trasladarse a otro país y las externalidades positivas que se producirían en el largo plazo¹⁴.

Por su lado el auxilio de desempleo, como parte del programa de seguridad social de un determinado país, también tiene sus costos y beneficios. Las razones básicas para que el Estado otorgue un seguro de desempleo son los problemas de selección adversa y de riesgo moral que hacen que el negocio no sea lucrativo para el seguro privado o sea muy costoso. La hacienda pública tradicional muestra otras razones para defender un programa de seguridad social como la reducción en los costos de la toma de decisión por los particulares, la redistribución del ingreso y, por supuesto, el paternalismo¹⁵. El auxilio de desempleo tiene la potencialidad de incrementar la eficiencia; no obstante, el auxilio de desempleo reduce la oferta de trabajo. En efecto, algunos estudios empíricos realizados en los Estados Unidos de América muestran que un incremento del 10% en el valor del auxilio viene acompañado por un incremento en la duración del desempleo de cerca del 5%. La razón que se atribuye para que se dé este resultado es el riesgo moral¹⁶. Sin embargo, como lo señala ROSEN (2002) “aun si la seguridad social distorsiona las decisiones económicas, esto no necesariamente significa que sea un mal sistema”¹⁷. La sociedad valúa su esquema de seguridad social y, por tanto, se puede asumir que la sociedad está dispuesta a pagar por las potenciales pérdidas de eficiencia que implique el desarrollo de sus programas, como el auxilio de desempleo.

Ahora bien, el auxilio de desempleo, al igual que las remesas, se puede destinar al mismo fin de consumo, que es el uso mayoritario que actualmente se les está dando a éstas últimas. Pero a diferencia del trabajador migrante, el beneficiario del auxilio de desempleo potencialmente puede encontrar un trabajo en su país con el cual, además de devengar su salario y alcanzar un determinado nivel de bienestar, le permita contribuir con las cuentas de la seguridad social y con las demás cargas impositivas exigidas a los ciudadanos. Al contrario, el trabajador migrante debe soportar las cargas tributarias y de la seguridad social del país receptor, sin que ello beneficie al país de origen. Lo anterior sugiere que, aunque el subsidio al trabajador migrante trae beneficios de corto plazo al país de origen, vía remesas, en el largo plazo no se obtendrá mejora alguna para el país por la inversión realizada

13 Aunque como se verá en el apartado 3 del presente trabajo, dichos costos pueden ser minimizados.

14 Los países desarrollados privilegian la emigración de personas con fuertes inversiones de capital humano, lo que conduce a una pérdida neta para el país exportador de este factor.

15 Véase: ROSEN, HARVEY S. *Public Finance*. 6ª edición. MacGraw-Hill. 2002. pp. 178-199.

16 MEYER, BRUCE. (1990) “Unemployment Insurance and Unemployment Spells”. *Econometrica* 58. pp. 757-782.

17 *Ibidem*. p. 191.

mediante el subsidio otorgado a dicho trabajador. Finalmente, la implementación de un auxilio a la migración laboral sólo mostraría la incapacidad del Estado para implementar una política de pleno empleo que permita el desarrollo económico y social requerido por el país¹⁸.

Lo anterior nos lleva a afirmar intuitivamente que el costo del subsidio al trabajador migrante es superior al costo de un auxilio de desempleo; por tanto, el gasto del Estado en dicho subsidio aparece como ineficiente. En todo caso es necesario aclarar que, al igual que en los problemas de seguridad social, existe ambigüedad en los modelos que pretenden medir su eficiencia.

Sin embargo, al igual que en los programas de seguridad social, si por motivos de equidad, redistribución del ingreso o paternalismo, la sociedad decide otorgar un subsidio al trabajador migrante, éste debiera ser congruente con los subsidios y ayudas que recibe el trabajador que permanece en el país de origen.

2.3. Los subsidios en la normatividad colombiana

Para continuar con el desarrollo del tema, es necesario estudiar lo que señala la normatividad colombiana en relación con los subsidios. Ello nos permitirá establecer si existe alguna posibilidad de subsidiar a los trabajadores migrantes.

Conforme con el artículo 355 de la Constitución Política Colombiana, “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de las personas naturales o jurídicas de derecho privado”. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que esta prohibición, lejos de ser una absoluta, es una que admite excepciones.

Así en la sentencia C-254 de 1996, este Tribunal afirmó:

(5) No se estima que se viole el artículo 355 de la Constitución Política, cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables.

7. Las exclusiones que la Corte ha encontrado en relación con la prohibición, si bien se han presentado como excepciones a la misma, en realidad descubren la faz más característica del estado social de derecho que asume, como función propia y en la que se actualiza el interés general, la puesta en marcha de un sistema prestacional

18 En nuestro país el Gobierno Nacional, a través de la discriminación legal por edad, en especial con la imposición de una edad de retiro forzoso y con la posibilidad de dar por terminados los contratos de trabajo cuando los empleados cumplen con los requisitos mínimos de pensión, se ha sustraído de su obligación de desarrollar una política de pleno empleo. Véase: CASTILLO CADENA, FERNANDO. “El derecho y la economía de la discriminación legal por edad” *Reflexiones sobre derecho global*. 2007. pp. 201-222.

enderezado a asegurar el mínimo vital y al cual resulta connatural la intervención en la vida económica y social (C.P., art. 334).

Para otorgar una dimensión no especulativa de lo que la Corte entiende como actividades públicas irrenunciables, es pertinente traer a colación la sentencia C-159 de 1998, en la que señala:

3.3. La prohibición de otorgar auxilios admite no sólo la excepción a que se refiere el segundo aparte del artículo 355 Superior, sino las que surgen de todos aquellos supuestos que la misma Constitución autoriza, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país. Estos criterios responden a la concepción del Estado Social de Derecho, el cual tiene como objetivo esencial “promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades”; o como lo ha señalado en otra oportunidad la misma Corte, *“El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”*.

Bajo este entendido se explica el otorgamiento de subsidios, avalados por la Corte en diferentes pronunciamientos, a los pequeños usuarios en los servicios públicos domiciliarios (C.P., art. 368), al fomento de la investigación y transferencia de la tecnología; a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (C.P., art. 65), a la adquisición de predios para los trabajadores agrarios; (C.P., art. 64), a la ejecución de proyectos de vivienda social y a los servicios públicos de salud y educación (C.P., arts. 49 y 67).

De esta forma, por demás sucinta, queda establecido que en Colombia, aunque por regla general existe una prohibición, está permitido otorgar subsidios sea a la producción o al consumo cuando con ellos se cumple con una finalidad constitucional.

Resta por determinar si en Colombia es permitido subsidiar la migración laboral. La respuesta que parece encontrarse en positiva. En efecto, el Estado, conforme con el artículo 334 de la Constitución Política, debe intervenir para dar pleno empleo a los recursos y para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios. Entonces, el Estado en procura de asegurar que los colombianos puedan acceder a puestos de trabajo que los mantengan ocupados y que les permita acceder a bienes o servicios, podría conceder un subsidio al trabajador migrante. Desde luego, nosotros no compartimos

esta interpretación; al contrario, la censuramos. La meta de pleno empleo es una que busca que, al interior de su país, los ciudadanos que deseen trabajar encuentren un puesto de trabajo. No obstante lo anterior, en nombre del pleno empleo, la Corte Constitucional ha establecido que para algunos segmentos de la población el derecho al trabajo se agota y, por tanto, es válido su retiro forzado. Desde luego, ello contraviene lo que económicamente significa pleno empleo, pues no permite la ocupación de aquellos que desean trabajar y están en capacidad de hacerlo. De otra forma, la Corte Constitucional ha avalado las fórmulas mágicas que el gobierno nacional ha impuesto para ocultar su incapacidad de generar empleo nuevo y de buena calidad que permita a los ciudadanos encontrar oportunidades en el mercado laboral colombiano, por la tediosa vía de la restricción a las personas que desean trabajar, pero que ya son mayores adultos¹⁹. Lo anterior nos permite concluir que no sería para nada raro que la Corte Constitucional avalara, para salvaguardar el pleno empleo, una medida de protección a la migración laboral.

3. EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL CON ESPAÑA Y LOS SUBSIDIOS IMPLÍCITOS EN LA MIGRACIÓN LABORAL

El Estado Colombiano suscribió con el Reino de España un convenio de seguridad social el 6 de septiembre del 2005; el cual fue aprobado por medio de la Ley 1112 del 27 de diciembre del 2006. Los Estados contratantes señalan como justificación para la realización del convenio su particular decisión de cooperar, la importancia de asegurar a los trabajadores de cada uno de los Estados que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro, una mejor garantía a sus derechos, y, finalmente la amistad que une a los pueblos de estos dos países²⁰.

El Gobierno Nacional, al radicar el proyecto de ley, en la exposición de motivos indicó que éste tenía como fin “reafirmar la igualdad de trato entre los nacionales de ambos países” y que dichos Estados “consideraron necesario adoptar un mecanismo de cooperación internacional e intercambio en materia de seguridad social que permita, sin alterar los sistemas nacionales de seguridad social en pensiones, el reconocimiento a los nacionales de cada parte del período de cotizaciones a sus sistemas pensionales y las prestaciones económicas que de ello se derivan”²¹.

Reconociendo la importancia de la integración el Gobierno señala:

“Se trata de la adopción de mecanismos para afrontar los retos propios de la globalización, de la consolidación de los procesos de integración entre los países

19 Véase: CASTILLO CADENA, FERNANDO. *Reflexiones...* pp. 217 y ss.

20 Proyecto de Ley 246 de 1996 presentado por el Gobierno Nacional al Congreso de la República. Gaceta 37 del 2006.

21 *Ibidem*.

iberoamericanos y de la protección de los derechos de las personas que se trasladan e inician su carrera laboral en el territorio de la otra Parte”²².

Y profundizando sobre su contenido, el Gobierno describe:

“El instrumento internacional que en esta oportunidad sometemos a consideración del honorable Congreso de la República permitirá regular la situación de los trabajadores migrantes de ambos países, garantizando el reconocimiento y efectividad de sus derechos derivados de su carrera laboral, específicamente en el ámbito pensional. Actualmente existe un número significativo de colombianos residentes en el Reino de España que podrán beneficiarse de este instrumento de cooperación internacional y acceder a una pensión que les permita afrontar los riesgos económicos originados de la vejez, invalidez y muerte.

Así establecido el convenio de seguridad social, parece deducirse de él la necesidad de establecer una situación donde predomine la eficiencia paretiana, es decir, crear una nueva situación donde alguien gane (los trabajadores migrantes) sin perjudicar a los demás. El convenio en este sentido busca garantizar el reconocimiento y efectividad de los derechos derivados de la carrera laboral de los trabajadores migrantes a España mediante la concesión de pensiones de jubilación o vejez, lo que en principio hace pensar que no lesiona los derechos de los trabajadores que permanecen en Colombia. El resto del trabajo se dedicará a establecer la veracidad de esta afirmación.

No obstante, como arriba lo hemos sostenido y es aceptable, un convenio de integración puede ir más allá del criterio paretiano, imponiendo pérdidas a una parte de la sociedad a condición de que la parte ganadora pueda compensar estas potenciales pérdidas y aun así la sociedad obtenga una ganancia neta.

La cuestión de fondo es que para determinar si el convenio conduce a una situación más eficiente, se deben establecer todos los costos que impone el convenio y los beneficios que genera. El gobierno muestra los efectos del convenio como neutros al señalar que no se alteran los sistemas de seguridad social. Sin embargo, nuestra percepción es que, por lo menos para el caso colombiano, el convenio impone nuevos costos que deben ser asumidos por el sistema de seguridad social. Para realizar la comprobación de la anterior afirmación es necesario examinar en lo relevante el contenido del convenio con el fin de determinar si se crearon subsidios implícitos a las pensiones que se otorgarán a los trabajadores migrantes y, por ende, si se crearon nuevos costos que deban ser asumidos por la seguridad social colombiana.

22 Ibidem.

3.1. El contenido del convenio de seguridad social

El convenio de seguridad social básicamente tiene como fin brindar la posibilidad de que los afiliados puedan pensionarse utilizando como válidos los tiempos de seguro o cotización realizados en ambos países.

3.1.1. Aspectos generales relevantes del convenio de seguridad social

Las prestaciones a las que se aplica el convenio son las derivadas de la vejez, invalidez y muerte. El convenio no es estático en el sentido de que admite la variación de las normas que completen o modifiquen la legislación nacional vigente en cada país. Es importante destacar que el convenio goza de aplicabilidad mientras ambos países mantengan un régimen de reparto o se reconozcan pensiones mínimas en forma de prestación definida en el régimen de ahorro²³; en caso contrario, dicho instrumento no tiene aplicación práctica.

El convenio señala expresamente que respeta los derechos adquiridos y previene que no son objeto de reducción, modificación, suspensión, extinción, supresión o retención las prestaciones comprendidas en él por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de la otra parte contratante. Así mismo previene, a objeto de salvaguardar la igualdad, que las prestaciones reconocidas a un beneficiario que resida en un tercer país, se hagan efectivas en las mismas condiciones, y con igual extensión, que a los propios nacionales que residan en ese tercer país.

Por regla general se establece que los trabajadores, a los que se aplica el convenio, quedan atados a la legislación de seguridad social de la parte contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral. Lo anterior, salvo que un trabajador dure más de tres años trabajando en el territorio diferente de aquel en que la empresa tiene su sede. Sin embargo, la norma contiene una excepción: el período de tres años es prorrogable por otro período igual si la autoridad de seguridad social del país receptor (por contraposición al originario) otorgue su visto bueno²⁴.

23 La pensión mínima que otorga el régimen de ahorro individual, en sede de garantía de pensión mínima conforme a los trámites del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 es una prestación definida. Por tanto, es viable garantizar dicha prestación por medio del convenio. Más adelante nos referiremos a este tema.

24 Las excepciones a la aplicación del convenio, que son bastantes, no son objeto de estudio en el presente trabajo. Sin embargo, para una mejor comprensión del presente trabajo es necesario definir la regla general de aplicación del convenio.

3.1.2. Los tiempos válidos para otorgar las prestaciones consagradas en el convenio

Señala el instrumento que cuando la legislación de un país subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones previstas al cumplimiento de determinados períodos de seguro o cotización, la institución competente tendrá en cuenta a tal efecto los períodos de seguro o cotización cumplidos con arreglo a la legislación de la otra parte, siempre que no se superpongan.

Un primer problema que se plantea con el convenio es que establece que los períodos de seguro o cotización realizados en el otro país se tienen en cuenta “cuando sea necesario”. Las preguntas que surgen son: ¿Cuándo sea necesario para completar la prestación mínima de la seguridad social en ambos países? o ¿Cuándo sea necesario para obtener el monto más alto posible de pensión en ambos países? En Colombia, dado que la norma admite dos interpretaciones, debe aplicarse el artículo 53 de la Constitución Política, el cual estipula que, en caso de duda en la aplicación de la fuente formal de derecho, se debe escoger la interpretación más favorable a los intereses del trabajador. Desde luego, ello implica la posibilidad de que los colombianos en España puedan acceder a pensiones, con cargo a la seguridad social colombiana, que pueden llegar a tener un monto hasta del 90% del ingreso base de liquidación –IBL²⁵. El IBL no es otra cosa que el salario promedio sobre los cuales el afiliado cotizó a la seguridad social durante los últimos diez años o durante todo el tiempo si éste fue inferior a diez años.

Ahora bien, resulta claro que no se pueden sumar, a efectos del convenio, los tiempos que se superpongan. Esta prohibición sólo rige para el cálculo de la pensión teórica, que no es otra que la prestación que se le otorgaría a un afiliado, en virtud de la suma de los tiempos cotizados en España con los tiempos cotizados en Colombia. Ello puede implicar que los colombianos residentes en España, que venían cotizando al Instituto de Seguros Sociales en el programa “Seguro en el exterior”, pierdan los incentivos para continuar cotizando, dado que dichos tiempos no van a mejorar el monto de la pensión que se les ha de otorgar en virtud del convenio.

La promesa principal del programa “Seguro en el exterior” se traduce en la posibilidad de obtener dos pensiones (la extranjera y la colombiana), sin importar la superposición de términos, toda vez que el hecho determinante para el reconocimiento son las cotizaciones realizadas a la seguridad social colombiana, con independencia de lo que el afiliado haga en el otro país²⁶.

25 El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición, permite que los afiliados puedan llegar a tener un monto de pensión hasta del 90% del ingreso base de liquidación.

26 El Plan “Seguro en el exterior” es una estrategia que buscaba la captación de rentas por parte del Instituto de Seguros Sociales, dada su iliquidez financiera, mediante la promesa realizada al afiliado de que recibirá

Con la implementación del convenio esta posibilidad parece extinguirse pues, la seguridad social de cada país queda en la obligación de reconocer su “porción” sobre la pensión, quedando prohibido el conteo de tiempos superpuestos. Sin embargo, ello no es del todo cierto: el convenio permite acceder directamente a las pensiones de jubilación o vejez, si el afiliado reúne los requisitos exigidos en cada legislación interna, tomando en cuenta exclusivamente los tiempos cotizados en cada país. El afiliado puede intentar cotizar a ambos sistemas de seguridad social con el fin de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en ambos países; si lo logra, tiene derecho a recibir ambas prestaciones en forma íntegra. No obstante, si fracasa, los tiempos superpuestos no serán tenidos en cuenta para la determinación del monto de la pensión teórica. Más adelante explicaremos cómo se calcula la denominada pensión teórica.

Otra duda que surge y que debe desarrollarse en posteriores trabajos de investigación es si el Instituto de Seguros Sociales de Colombia queda en la obligación de devolver los aportes sobre los tiempos superpuestos, dado que, para el caso de España, no se cumple la promesa realizada a los trabajadores migrantes internacionales de obtener dos pensiones independientes²⁷.

3.1.3. La determinación del derecho a la pensión en virtud del convenio de seguridad social

Una vez identificados todos los tiempos válidos de pensión en cada país, a efectos del convenio, se debe determinar una pensión de referencia para el afiliado en cada país. Denominemos Pensión de Referencia del Convenio (**PRC**) a la pensión de referencia que debe otorgarse a un afiliado en virtud del convenio en cada país.

Cada país debe calcular la PRC como la prestación más favorable que resulte a favor del afiliado entre:

La prestación que tendría el afiliado si sólo se utilizaran los tiempos de seguro o de cotización acreditados en ese país.

La prestación que tendría el afiliado si se utilizaran los tiempos de seguro o de cotización acreditados en ambos países, que se denomina pensión teórica.

una pensión de vejez colombiana compatible con la que le otorgue el país donde se encuentra laborando. Este plan pierde sentido cuando existe un convenio de seguridad social entre los países involucrados y los trabajadores migrantes se encuentran legalmente en el país extranjero, pero adquiere bastante sentido para los trabajadores inmigrantes ilegales pues, ante el riesgo de deportación, pueden mantener al menos la expectativa pensional colombiana.

27 La información relevante acerca del programa colombiano seguro en el exterior se encuentra plasmada en la web del Instituto de Seguros Sociales. Véase: http://www.iss.gov.co/portal/index.jsp?cargaHome=50&id_seccion=857&id_subcategoria=129&id_categoria=104 (Julio 2008).

Los resultados que se pueden obtener, son los siguientes:

GRÁFICO 1				
Cumplimiento de requisitos exigidos		Colombia		
		<i>Reúne requisitos sin contar con los tiempos de cotización con España</i>	<i>Reúne requisitos si se suman los tiempos de cotización con España</i>	<i>No reúne requisitos aún contabilizando los tiempos de cotización con España</i>
España	<i>Reúne requisitos sin contar con los tiempos de cotización con Colombia</i>	PL/PL (1)	PL/PT (2)	PL/NP (3)
	<i>Reúne requisitos si se suman los tiempos de cotización con Colombia</i>	PT/PL (4)	PT/PT (5)	PT/NP (6)
	<i>No reúne requisitos aún contabilizando los tiempos de cotización con Colombia</i>	NP/PL (7)	NP/PT (8)	NP/NP (9)

* Los resultados de España se expresan a la derecha de cada celda y los resultados de Colombia a la derecha.
Fuente: Elaboración propia.

Donde PL es la pensión legal ordinaria que se otorga en cada país por el cumplimiento de los requisitos propios exigidos en la legislación interna; PT es la pensión teórica y NP implica que no hay derecho a la pensión. Del análisis del cuadro 1 podemos deducir las siguientes reglas:

Si en ambos países la pensión de referencia del convenio –PRC– a favor del afiliado es igual a la pensión legal –PL–, cada país queda obligado a pagarle a dicho afiliado la respectiva pensión, en forma total, de acuerdo con su legislación interna.

Si para el afiliado en un país la PRC es igual a la PL y en el otro la PRC es igual a la PT; el primer país queda obligado al pago de la pensión legal mientras que el otro queda obligado al pago de la pensión teórica –PT–, en la forma en que más adelante señalaremos. Lo anterior implica que el afiliado recibe una prestación completa del programa de seguridad social de un país y una “prestación prorrata” a cargo del programa de seguridad social del otro país.

Si en ambos países la PRC del afiliado es igual a PT, cada uno de ellos asumirá la “prestación prorrata” que corresponda.

Si la PRC es igual a NP, el afiliado no tiene derecho a la pensión en el país determinado.

Si para el afiliado la PRC es igual a NP en ambos países, el convenio de seguridad social no tiene aplicación práctica²⁸.

28 El resultado entregado en la casilla 8 en la realidad es imposible. La razón se halla en que para la seguridad social española el tiempo mínimo para acceder a la jubilación es de 15 años, tiempo que es inferior al que exige la seguridad social colombiana; por tanto, en este caso particular habrá PT en ambos países.

3.1.4. La pensión teórica, PT

Como arriba lo hemos sugerido, cuando un afiliado tiene derecho a la pensión de jubilación en ambos países, es decir, cuando PRC es igual a PL, cada país queda obligado a pagar íntegramente la cuantía de la pensión en la forma establecida en la legislación interna. Ello implica que el afiliado puede buscar cada una de las pensiones a las que tiene derecho a través del convenio o por fuera de él, pues su derecho a la pensión, en ambos países, no lo otorga el instrumento público internacional, sino la legislación nacional vigente.

Ahora bien, cuando PRC es igual a PT podemos afirmar que el derecho del afiliado a la pensión surge del convenio de seguridad social. Por tanto, es en estos casos donde el convenio tiene una aplicación práctica y donde se presentan sus efectos económicos, objeto de estudio en el presente trabajo. Para ello, nos es útil, primero, describir la forma en que se determina la cuantía de la pensión teórica en cada país; y segundo, estudiar la determinación del valor de la “pensión prorratea”, que no es otra cosa que una versión sofisticada de lo que en Colombia denominamos “cuota parte pensional”.

3.1.4.1. La cuantía de la pensión teórica

Cada país calcula la cuantía de la pensión teórica aplicando su legislación interna; no obstante, se toma como válido para la determinación de la prestación el tiempo total de seguro o de cotizaciones que el afiliado realizó en ambos países. Lo anterior significa que en el caso colombiano se debe aplicar lo que señala la Ley 100 de 1993 para determinar la edad para acceder a la pensión, el ingreso base de liquidación y el monto y la cuantía de la pensión. Es necesario brindar un ejemplo para ilustrar la forma en que se determina la cuantía de la pensión teórica. Vamos a realizar el cálculo de la pensión teórica que, sobre un afiliado, le correspondería hacer a Colombia.

Supongamos que una persona trabajador migrante internacional laboró durante 23 años, cotizando al Instituto de Seguros Sociales de Colombia durante 11,5 años y a la seguridad social española durante los restantes 11,5 años. Supongamos por simplicidad que el afiliado cotizó sobre un salario mínimo durante todo el tiempo que mantuvo cotizaciones a la seguridad social en Colombia, luego su ingreso base de liquidación –IBL– asciende a un salario mínimo. Aunque el monto de la pensión, acorde con 23 años de cotizaciones, es del 65% del IBL, según la legislación actual la pensión teórica –PT– asciende a un (1) salario mínimo legal mensual vigente²⁹.

²⁹ En Colombia la pensión mínima se halla atada al salario mínimo legal mensual vigente que el Gobierno Nacional decreta.

El mismo cálculo, conforme a las reglas vigentes en España, le corresponde realizar a la seguridad social española.

3.1.4.2. La pensión prorrateada, PP

Para determinar la cuota parte pensional o “pensión prorrateada” a cargo de la seguridad social colombiana, se multiplica la pensión teórica por el tiempo de seguro o cotizaciones realizado en Colombia y se divide por el tiempo total de seguro o cotizaciones realizado en ambos países.

En nuestro ejemplo, la pensión prorrateada –PP– es igual a $((1*11,5)/23=)$ 0,5 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes en Colombia. Tomando el salario mínimo actualmente vigente, que asciende a \$461.500,00, la pensión prorrateada a cargo de la Seguridad Social Colombiana ascendería a la suma de \$230.750,00.

Conforme al convenio la pensión prorrateada –PP– no es una pensión sino una parte de la pensión. Es mejor tratar de entender la pensión prorrateada como la cuota parte pensional que le corresponde asumir a la seguridad social colombiana en la pensión de jubilación del afiliado migrante internacional. Es menester recordar que en cada país el afiliado tiene derecho a elegir la prestación más favorable entre la pensión legal y la pensión prorrateada.

3.1.5. La finalidad y alcance del convenio de seguridad social con el Reino de España y sus limitaciones

Analizado el contenido principal del convenio de seguridad social, ya estamos en capacidad de determinar su finalidad y alcance.

El convenio de seguridad social, al fondo, no pretende otorgar a la población cubierta mejores cuantías de pensión sino la posibilidad de que los afiliados, migrantes laborales internacionales, puedan acceder al beneficio pensional sumando los tiempos de seguro o cotización realizados tanto en Colombia como en España. Desde luego, el objetivo que se persigue es loable porque permite asegurar a una parte de la población que se encontraba en situación de riesgo social.

Sin embargo, el convenio de seguridad social con el Reino de España presenta graves problemas de equidad y de eficiencia en la asignación de los recursos económicos escasos que administra la seguridad social colombiana. Pasamos entonces a estudiar los subsidios implícitos que se establecen en el convenio de seguridad social a cargo de la seguridad social colombiana para poder, finalmente,

mostrar los problemas de equidad y eficiencia que se presentan por su potencial aplicación.

3.2. Los subsidios implícitos en el convenio de seguridad social como subsidios a la migración internacional

En virtud del convenio los trabajadores que migren a España tienen derecho a que los tiempos de cotización a la seguridad social colombiana sean utilizados a efectos de determinar la pensión de jubilación. La pregunta al fondo es si la pensión prorratea constituye un subsidio implícito a cargo de la seguridad social o representa el retorno económico a que tiene derecho el afiliado dado el volumen de cotizaciones realizado.

Desde que las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, otorgadas en forma plena por el Instituto de Seguros Sociales, se encuentran altamente subsidiadas³⁰, es relativamente fácil llegar a la conclusión de que cualquier reconocimiento pensional que se haga con base en tiempos cotizados a la seguridad social colombiana se encuentra subsidiado.

Consecuentemente, el trabajador migrante colombiano que labore en España tiene acceso a un subsidio implícito por su actividad laboral, el cual, si completa el tiempo requerido de seguro o de cotizaciones, se traduce en una pensión de jubilación cuya cuantía es superior al valor real de la prestación que obtendría, dado su esfuerzo de cotización, por el lado colombiano únicamente. Lo anterior es relativamente fácil de explicar: Si un afiliado se pensiona por el convenio con una pensión prorratea, la seguridad social colombiana pagará dicha cuota parte en forma vitalicia, mientras que si no hubiera existido el convenio, el afiliado sólo hubiera tenido derecho al pago, por una sola vez, de la indemnización sustitutiva.

Como se deja ver, no es sólo el hecho de que el trabajador migrante reciba un subsidio en su pensión, pues los residentes colombianos tienen también subsidiada la seguridad social en pensiones, si se afilian al régimen de prima media; sino también el hecho de que van a disfrutar de una prestación vitalicia a la que, por el mismo tiempo de cotizaciones, no tienen derecho los residentes colombianos.

30 Conforme lo establece HELMSDORFF (2007) los pensionados del Instituto de Seguros Sociales reciben subsidios de entre el 78% y el 90%. Véase: HELMSDORFF, LOREDANA. *Ampliación de cobertura del sistema pensional colombiano y atención al adulto mayor*. Por su parte TÉLLEZ y TUESTA (2008) evidenciaron que mientras un afiliado al régimen de ahorro individual podía obtener un retorno económico entre el 30% y 40% del Ingreso Base de Liquidación, los actuales afiliados al Instituto de Seguros Sociales van a obtener un retorno económico que oscila entre el 65% y el 80% del Ingreso Base de Liquidación. Véase: TÉLLEZ JUANA, TUESTA DAVID. Ponencia "Presente y futuro del sistema pensional colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma". Es claro entonces, que el régimen de prima media con prestación definida contiene subsidios implícitos en las prestaciones que reconoce.

Afirmamos que se trata de un subsidio a la migración laboral internacional porque el convenio estimula el tráfico del factor trabajo en el mercado español, y porque se otorga siempre que se logre la colocación del factor en un puesto de trabajo cumpliendo con la ley. En efecto, el solo hecho de que para el reconocimiento del “subsidio”, que no es otra cosa que la pensión prorata, se tenga en cuenta los tiempos de seguro o cotización en España, permite establecer el cumplimiento de la actividad productiva que se pretende fomentar.

Ahora bien, como lo habíamos afirmado en el numeral 2º del presente trabajo, el convenio de seguridad social, como tal, permite la minimización de los costos de administración, vigilancia y monitoreo del subsidio por parte del país de origen, toda vez que son los afiliados (trabajadores migrantes) los que deben demostrar ante las autoridades competentes el cumplimiento previo del requisito para acceder al beneficio pensional establecido que, se reitera, no es otro que el cumplimiento del tiempo mínimo requerido para acceder a la pensión de jubilación. El Estado en este sentido sólo debe esperar a la reclamación del derecho.

4. LOS SUBSIDIOS IMPLÍCITOS EN EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES: INEQUIDAD E INEFICIENCIA

Arriba hemos mostrado que los subsidios al tráfico mercantil (y a los factores) no necesariamente deben ser rechazados por el país receptor de los bienes, servicios o factores; pero no hemos analizado qué tan deseable es una decisión del país de origen de otorgar subsidios. En algunos casos la respuesta es evidentemente positiva, pero en otros casos no: Pueden existir razones tanto de eficiencia como de equidad dentro del país de origen que hagan parcial o completamente injustificada una decisión particular de otorgar subsidios.

Para explicar los problemas de inequidad e ineficiencia que trae aparejados el convenio de seguridad social y que permiten establecer si los subsidios otorgados son indeseables, en primer lugar mostraremos el fin que se persiguió en Colombia con la creación del sistema general de pensiones en cuanto a la eliminación de los subsidios implícitos; fin que se ha venido persiguiendo a través de las subsiguientes reformas al sistema. En segundo lugar mostraremos las principales inequidades e ineficiencias que contiene el convenio de seguridad social de cara al esquema de protección social que pretende regir, con criterios de universalidad, a todos los colombianos.

4.1. El Sistema General de Pensiones y la eliminación de los subsidios estatales a las pensiones en el régimen de prima media

Mediante proyecto de Ley 155 de 1992, el Gobierno Nacional sometió a consideración del Congreso de la República una propuesta de reforma al disperso régimen pensional colombiano, solicitando su unificación en torno a la creación del Sistema de Ahorro Pensional. Una de las preocupaciones centrales del Gobierno era la excesiva acumulación de deuda pública para garantizar el financiamiento de las pensiones. Por tanto, el proyecto demandaba de los afiliados y empleadores un mayor nivel de cotizaciones para solventar el sistema. En otras palabras, el proyecto buscaba eliminar los subsidios estatales al financiamiento de las pensiones de vejez. Otro de los objetivos importantes que se buscaba era la cuantificación del pasivo pensional.

Conforme con las proyecciones otorgadas, el valor presente neto de la deuda pensional a esa fecha ascendía, en forma aproximada, al 200% del PIB³¹, lo que demandaba una participación activa del Estado en la financiación de las pensiones, pero lo que a su vez establecía ciertas presunciones de insostenibilidad de la deuda. Para esa época se acuñó el término “bomba pensional” para referirse a la situación de insostenibilidad financiera de la deuda pensional implícita.

Sin embargo, el resultado del estudio del proyecto de ley en el Congreso de la República no fue el deseado por el gobierno³². El proyecto de ley, a la postre sancionado por el Presidente de la República, creó un sistema pensional híbrido al permitir la coexistencia de un régimen de prima media escalonada con uno de ahorro individual. Aunque se suponía que el resultado final llevaba a una disminución real del subsidio implícito a cargo del Estado; lo cierto es que dichos subsidios, aunque se redujeron, no se eliminaron. Sin embargo, a nuestros efectos, ese no fue el problema más grave. El problema que se creó fue uno de equidad. Mientras que los afiliados al régimen de ahorro, salvo lo establecido para la garantía de pensión mínima, no reciben subsidios del Estado para financiar la pensión que les corresponde, todos los afiliados al régimen de prima media tienen subsidiadas sus prestaciones sin importar la cuantía por la cual se reconocen³³.

31 Conforme con ACOSTA (2005), el valor presente neto del pasivo pensional ascendía al 207% del PIB. Véase: ACOSTA NAVARRO, OLGA LUCÍA. “Incidencia económica de la deuda pensional” *Memorias del VI encuentro de hacienda pública y derecho tributario*. p. 82. No obstante, algunas nuevas mediciones sitúan el VPN del pasivo pensional en 1993 en el 191% del PIB. Véase: TÉLLEZ JUANA; TUESTA DAVID. *Presente y futuro del sistema pensional colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma*. 2008.

32 HELMSDORFF (2007) señala que Ulpiano Ayala, entonces Viceministro Técnico de Hacienda, denominó el proyecto de ley conciliado en el Congreso de la República como un verdadero Frankenstein. Para dicha actuaria, el sistema general de pensiones, aún con las reformas realizadas, es insostenible.

33 FARNÉ (2005) muestra en su ponencia “Equidad del sistema pensional: Una reforma inconclusa”, muestra

Consciente de la existencia de los subsidios implícitos en el Sistema General de Pensiones, el Gobierno Nacional mediante las Leyes 797 del 2003 y 860 del 2003 y el acto legislativo 01 del 2005 redujo el valor de los subsidios implícitos al establecer requisitos de pensión más rígidos y reducir parcialmente el término de duración del régimen de transición, señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993³⁴. Las estimaciones oficiales llevan a que se produjo un ahorro fiscal al reducirse el valor presente neto de la deuda pensional al 166% del PIB, con las reformas del año 2003, y al 148% del PIB con la reforma constitucional del año 2005.

Todo lo anterior significa que el Gobierno Nacional ha buscado reducir los subsidios estatales a las prestaciones del régimen de prima media, privilegiando para dicho régimen un sistema de subsidios cruzados entre afiliados y empleadores que garantice el pago de las prestaciones económicas con una escasa participación de los recursos del presupuesto nacional.

Como ya arriba se señaló, sin embargo, el problema actual es que no existe aún equilibrio interno en el régimen de prima media; es decir, no existe un balance entre las cotizaciones y las prestaciones en dicho régimen (HELMSDORFF, 2007). En otras palabras: aún persisten los subsidios implícitos a las pensiones del régimen de prima media y ello crea problemas de equidad entre los afiliados al régimen de ahorro y aquellos que pertenecen al régimen de prima media.

No obstante lo anterior, es bastante claro que la política de seguridad social implementada por el Gobierno Nacional busca la eliminación de los subsidios implícitos a las pensiones entregadas dentro del Sistema General de Pensiones.

4.2. Inequidad e ineficiencia en el Convenio de Seguridad Social con el Reino de España

La equidad en un sistema pensional debe, como lo establece HELMSDORFF (2007), ser analizada a la luz de los subsidios otorgados y los requisitos exigidos para pensionarse. Por tanto, si una reforma legal impone subsidios o incrementa los requisitos para acceder a la pensión sin una real justificación, la podemos calificar como de inequitativa; pero si, además, los recursos económicos del sistema de pensiones se asignan indebidamente, ocasionará problemas de eficiencia. En este apartado estudiaremos, en primer lugar, las razones que nos llevan a establecer que

un interesante cuadro de los subsidios implícitos del sistema general de pensiones de acuerdo con la cuantía de la pensión. Véase: FARNÉ STEFANO. "Equidad del sistema pensional: Una reforma inconclusa" *Memorias del VI encuentro de Hacienda Pública y Derecho Tributario*. 2005. p. 54.

34 Sin embargo, creemos que el ahorro pensional producido por la reducción en la duración del régimen de transición se encuentra sobreestimado. Véase: CASTILLO CADENA, FERNANDO. "Constitución y Legislación: evolución y estado actual". *Memorias del VI encuentro de Hacienda Pública y Derecho Tributario*. 2005. p. 124.

el convenio de seguridad social es inequitativo; y en segundo lugar mostraremos las ineficiencias que dicho convenio implica.

4.2.1. Los problemas de equidad en el Convenio de Seguridad Social con el Reino de España

Como se sugiere en el cuadro 1 del presente trabajo, existen varias posibilidades de que un afiliado acceda a una pensión legal en un país del convenio mientras que en el otro pueda acceder a una pensión teórica. Ello implica que el afiliado va a recibir en estos casos algo más de lo que le corresponde tanto en el país de origen como en el país receptor. El afiliado no sólo tiene derecho a una pensión legal, pagada en forma íntegra, sino también a una pensión prorrateada que es, evidentemente, un subsidio.

En los casos en que la pensión prorrateada corra por cuenta de la seguridad social colombiana, el subsidio que se le entrega al trabajador migrante no es equivalente a lo que se le entrega al trabajador que permanece en el país, por los mismos tiempos de cotización, a título de indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993³⁵. El trabajador migrante recibe entonces un **subsidio vitalicio** a título de pensión prorrateada, cuyo valor presente esperado es alto, mientras el afiliado que permanece en el país recibe el monto de los aportes que realizó a la seguridad social actualizado con el Índice de Precios al Consumidor –IPC³⁶. La cuestión luce más inequitativa si se tiene en cuenta que en España la protección social es más avanzada que la colombiana e implica que los trabajadores están mejor protegidos en ese país, contra los riesgos inherentes que cubre la seguridad social, que en Colombia.

Pero además, el hecho de que el tiempo de cotización exigido para acceder a una prestación de vejez en Colombia sea muy superior al tiempo que exige la seguridad social española para otorgar la pensión de jubilación, hace mucho más probable que el subsidio vitalicio se entregue por la seguridad social colombiana, en forma adicional a la pensión legal pagada por la seguridad social española en

35 De hecho el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 prescribe, en palabras más simples que su lenguaje técnico, que el trabajador sólo recibe el monto real de las cotizaciones que realizó a la seguridad social; no recibe subsidio alguno como tampoco intereses por el tiempo que los aportes se mantuvieron en depósito en la entidad de previsión social.

36 Algunos estudiosos señalarán entonces, que lo ordenado por el convenio en realidad se aviene mejor a los beneficios económicos periódicos –BEP– establecidos en el acto legislativo 01 del 2005. Sin embargo, conforme con el mismo texto de orden constitucional, se debe satisfacer el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo que hace prever que dichos beneficios se otorguen con un mínimo de subsidios a cargo del Estado. Pero lo más importante a este respecto es que los BEP se encuentran diseñados para minimizar el riesgo de indigencia en el país; mientras que la pensión prorrateada, cuando la otra parte otorga una pensión legal, establece un beneficio adicional subsidiado por el Estado; es decir, la pensión prorrateada no trata de minimizar el riesgo de indigencia sino de mejorar la situación económica de un afiliado por medio de un subsidio.

forma íntegra al afiliado³⁷. El problema es que los subsidios implícitos en la pensión prorratea son relativamente más caros que los subsidios implícitos en las pensiones de vejez; por tanto, la pensión prorratea es una carga más pesada de soportar para la seguridad social colombiana³⁸.

Algunos pueden aducir que aunque lo anterior es cierto, también lo es que en España la edad ordinaria de pensión es de 65 años, mientras que en Colombia actualmente la edad exigida para acceder al beneficio pensional, de acuerdo al sexo, oscila entre los 55 años para las mujeres y los 60 años para los hombres. Sin embargo, en mi criterio, ello no hace mucha diferencia, toda vez que una cotización adicional por cinco años en la seguridad social española conlleva incrementos importantes en el monto de la pensión³⁹.

Pero hay más razones de inequidad: El convenio de seguridad social no aplica ordinariamente para los afiliados al régimen de ahorro individual y es muy difícil aplicarlo para reivindicar el derecho a la pensión prorratea por parte de Colombia cuando existe en teoría derecho a la garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual.

Conforme con el artículo 17 del Convenio, no hay derecho a la garantía de pensión mínima por parte de Colombia cuando la suma de las pensiones prorratea –PR–, sea mayor o igual a un salario mínimo legal colombiano. En realidad, con cualquier distribución de tiempos sobre la pensión teórica en la que España participe con tiempos cotizados a su seguridad social superiores a un (1) año, la suma de las pensiones prorratea dará usualmente un resultado superior a un salario mínimo legal colombiano⁴⁰.

37 Mientras que la seguridad social española establece como requisito mínimo de tiempo para acceder a la pensión de jubilación, que el afiliado haya laborado durante 15 años, el tiempo mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez en Colombia, en el año 2007, asciende a 1.125 semanas de cotización. Lo anterior implica que para acceder a una pensión en Colombia se requieren aproximadamente 8 años más de cotizaciones que en España, lo que otorga mayores probabilidades de que Colombia otorgue subsidios vitalicios en lugar de pensiones de vejez.

38 La realización de las cotizaciones mínimas exigidas por la Ley 797 del 2003, debidamente capitalizadas durante todo el tiempo de vida laboral activa del trabajador hasta el momento de reclamación de la prestación, hacen que el subsidio implícito de la pensión de vejez sea relativamente pequeño mientras que los aportes realizados, sin un mínimo de continuidad, no permiten la conformación de un capital actuarial suficiente para acceder a la prestación vitalicia, así ésta sea más reducida, por tanto, los subsidios para garantizar una prestación vitalicia de este tipo son mayores.

39 Mientras la mesada pensional en España puede ascender al 100% de la base de cotización; en Colombia el monto máximo asciende al 90% del IBL, siempre que el afiliado se encuentre en régimen de transición. Pero tal vez la diferencia más notoria es que mientras la seguridad social española otorga un monto de pensión del 80% de la base reguladora por 25 años de trabajo, nuestro esquema actual otorga un monto del 66,5% del IBL por ese mismo tiempo de trabajo. Confróntese el artículo 163 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social Española con el artículo 10 de la Ley 797 del 2003.

40 El artículo 18 del convenio, en su numeral segundo, señala:

“En el caso en que los trabajadores afiliados a una administradora de fondos de pensiones requieran la

De lo anterior se siguen tres consecuencias: una positiva, una negativa y una nefasta. La positiva es que las pensiones a que accedan los afiliados, en régimen de garantía de pensión mínima, son completamente subsidiadas por la seguridad social española, toda vez que el Estado Colombiano se sustrae de su obligación de pagar lo que le corresponde, por el hecho de que la suma de las pensiones prorrata es superior al salario mínimo legal colombiano. La consecuencia negativa se presenta por la falta de equidad entre los afiliados al Instituto de Seguros Sociales y aquellos que pertenecen al régimen de ahorro individual: Mientras para los primeros siempre habrá una pensión prorrata a cargo de la seguridad social colombiana, para los segundos, ni siquiera en el evento de la garantía de pensión mínima, habrá derecho a la pensión prorrata a cargo del Estado colombiano. La consecuencia nefasta es que el afiliado, al sólo poder acceder a la prorrata otorgada por España, no tendrá una protección eficaz contra el riesgo de la vejez, cuando la participación de España en la pensión teórica sea baja.

4.2.3. Los problemas de eficiencia que plantea el convenio de seguridad social con el Reino de España

En un mundo que realiza constantes esfuerzos por integrarse económicamente, es una necesidad urgente tomar las medidas de protección social que se requieran, a efectos de garantizar el bienestar de los trabajadores. A diferencia del tráfico de bienes y servicios, la migración laboral requiere coberturas de seguro social que permitan no sólo garantizar a los trabajadores los incentivos para que puedan realizar en forma óptima su trabajo; sino que les permita tener la certeza de una vejez económicamente viable.

La protección social, como tal, busca su universalización; es decir, que todas las personas, sin discriminación alguna, puedan acceder a las prestaciones que la sociedad considera necesarias para evitar el riesgo de indigencia; sin embargo, los recursos económicos no son ilimitados y, por tanto, se impone un deber de racionalización que permita un uso eficiente del recurso escaso.

En Colombia no hemos sido ajenos al principio de universalidad de la seguridad social. El artículo 48 de la Constitución Política establece que ésta se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado en los términos que establezca la ley con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Sin

totalización de períodos, para la aplicación de la garantía de pensión mínima se aplicará lo dispuesto en el artículo 9º”.

“Para tal efecto, se tendrá en cuenta que la sumatoria de las prorratas de ambas partes contratantes sea inferior a un salario mínimo legal colombiano y que el trabajador haya cumplido los períodos cotizados exigidos una vez sean totalizados los tiempos de ambas partes”.

embargo, como bien lo denota el texto constitucional, la universalidad va de la mano con la eficiencia y con la solidaridad.

Todo lo anterior indica que establecer convenios de seguridad social, con el fin de proteger a la población migrante de las contingencias propias de la vejez, invalidez y muerte, es un objetivo indispensable que debe trazarse el Estado, con miras a asegurar la población que tiene un riesgo evidente de desprotección social. Sin embargo ello, en caso alguno, es excusa suficiente para derrochar los recursos de la seguridad social so pretexto de una protección social para el trabajador migrante.

Si dos países se unen en torno a un convenio de seguridad social, es para crear las condiciones mínimas necesarias que se requieren para que ninguno de sus nacionales quede desprotegido cuando se encuentra laborando en el otro país; pero también es para optimizar el uso de los recursos escasos como son los de la seguridad social. El despilfarro debe evitarse.

En Colombia hemos venido buscando la forma de racionalizar los recursos de la seguridad social estableciendo las medidas que conduzcan a evitar que una persona pueda tener dos prestaciones de la seguridad social que cubran el mismo riesgo⁴¹. Sin embargo, en este sentido, el convenio actual de seguridad social induce al despilfarro de los recursos de la seguridad social en ambos países. Por medio del instrumento público, estamos autorizando a que una persona, que puede ser protegida debidamente por un sistema de seguridad social, reciba un subsidio a cargo del otro Estado.

Si un país determinado opta por un esquema de pensiones, el cual en su concepto es suficiente para garantizar la protección social de su población residente, ¿por qué debe otorgársele a una persona (migrante extranjero) que reside en dicho país un subsidio adicional a la pensión legal que otorga ese país y que lo pone en ventaja con respecto a la población residente?

El subsidio adicional que representa la pensión prorata desmejora la situación de muchos ciudadanos del país de origen. En efecto, dado que la persona ya tiene el derecho a una pensión legal en uno de los dos países, y con ello se asegura la protección necesaria para la vejez del migrante internacional, los dineros que se deben destinar para financiar la pensión prorata tienen un uso alternativo más eficiente si se invierten en otorgar pensiones o subsidios a personas que no tienen derecho a una prestación de la seguridad social por falta de recursos o por falta de oportunidades. En estos casos, es más eficiente, aunque insolidario, que se otorgue

41 Aunque aún existen varias causales que establecen la compatibilidad entre pensiones que cubren el riesgo de vejez, lo cierto es que en vigencia plena de la Ley 100 de 1993 no es posible acceder a dos pensiones que cubran el riesgo de vejez.

al afiliado, por ejemplo, en el caso colombiano, una indemnización sustitutiva en lugar de la pensión prorata, pues el afiliado, dada la pensión legal otorgada por España, ya se encuentra protegido en su riesgo de vejez⁴². De esta forma se garantiza, de un lado la cobertura del riesgo de vejez para el afiliado mediante la pensión legal otorgada, y por el otro se le retornan los recursos que aportó al sistema general de pensiones, pero no se subsidia la pensión prorata.

Ahora bien, si el afiliado migrante internacional tiene derecho, por haber cumplido todos los requisitos exigidos, a sendas pensiones legales otorgadas por cada país; y ambas pensiones además son subsidiadas, el objetivo de protección social se cumple con el hecho de que uno de los dos países reconozca a favor del afiliado la pensión legal, (el afiliado, por ejemplo, podría elegir la más favorable) mientras el otro, si es Colombia, podría reconocer la indemnización sustitutiva. Así se evita que el afiliado reciba dos prestaciones por el mismo riesgo, las cuales se encuentran fuertemente subsidiadas por el Estado. Desde luego, a simple vista esta medida choca contra nuestras creencias porque estamos acostumbrados a abordar el estudio de la pensión de vejez como un derecho de propiedad a favor del afiliado y no como una medida de protección a la vejez, universal y solidaria.

Dado lo anterior, tal vez la única situación que amerita la protección social mediante un convenio de seguridad social en pensiones es, entonces, aquella que permite a un afiliado migrante internacional acceder a una pensión teórica cuando los tiempos de cotización o de seguros realizados en cada país no son suficientes para acceder a una pensión legal. Es en estos casos cuando la necesidad de protección social se hace evidente para evitar el riesgo de indigencia del afiliado trabajador migrante. La solidaridad entre naciones es, entonces, una exigencia que opera a favor de ambos Estados. Al superarse el riesgo de indigencia, las pensiones prorata generan externalidades positivas a la sociedad: Dado el ingreso los afiliados podrán acceder a los bienes y servicios por su propia cuenta, sin tener que acudir a actividades delincuenciales o a otros programas del Estado para garantizar su subsistencia.

5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha puesto de manifiesto que el tráfico de bienes y servicios no son la única forma de integración económica entre los países. El tráfico de los factores, en especial el de recursos humanos, es parte de la integración económica y social de los pueblos.

42 Sólo un 25% de la población colombiana tiene o tendrá derecho a una pensión. Véase. RESTREPO, JUAN CAMILO. "La seguridad social ¿Hacia un mayor estado de transparencia presupuestal?" *Memorias del VI encuentro de Hacienda Pública y Derecho Tributario*. 2005. p. 106.

La integración económica en un mundo con recursos escasos y ventajas comparativas entre países, se perfila como un estadio necesario para mejorar el bienestar social. Es claro que la integración económica presenta grandes beneficios como importantes costos. Sin embargo, si en el agregado los pueblos mejoran su bienestar porque los beneficios son superiores a los costos, no hay razón alguna para oponerse a este fenómeno típico que nos brinda la globalización.

Ahora bien, es claro que los países de cuando en cuando hacen “trampas” al momento de negociar sus tratados de integración. Los países, dadas las presiones internas, muchas veces entregan subsidios a la oferta como medidas de protección a la producción; sin embargo, lo peor es que muchas veces logran que otros países acepten los subsidios como parte de los tratados. En varias ocasiones dichas concesiones se hacen con base en la promesa de que algún día los subsidios otorgados desaparecerán.

Aunque los subsidios a la migración laboral pueden estudiarse de la misma forma en que se estudian los otorgados al tráfico de bienes y servicios, lo cierto es que, por las razones que hemos enunciado en este trabajo, el costo de otorgar un subsidio a la migración es presumiblemente más alto que su costo de oportunidad y, por tanto, es una medida ineficiente.

Conforme con la jurisprudencia colombiana, es constitucional otorgar subsidios a la oferta o a la demanda si con ellos se satisface una finalidad constitucional o se cumple con un servicio público. Dado que la seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable de los ciudadanos, la posibilidad constitucional de que sea subsidiada está dada.

El convenio de seguridad social con España representa la confianza de ambos países en los procesos de integración económica que permiten mejorar el bienestar social. Sin embargo, dicho convenio establece subsidios implícitos que le impregnan negros tintes de inequidad e ineficiencia. En efecto, el convenio otorga prestaciones mayores, dado un mismo tiempo de cotizaciones, a los trabajadores migrantes en relación con los trabajadores que permanecen en el mismo país. La diferencia entre ambas prestaciones es abismal.

Pero además, el convenio comporta problemas de eficiencia. Si el fin de la seguridad social es otorgar una protección universal, eficiente y solidaria a los ciudadanos, el hecho de que dos países firmen un convenio de seguridad social, para la protección de sus nacionales cuando laboran en el otro país, no debe implicar despilfarro de recursos que atenten contra la universalidad del sistema.

Si bien es cierto que un convenio de seguridad social entre países debe buscar la protección de los trabajadores migrantes, no menos cierto es que un instrumento de esta índole debe contribuir a la eficiencia evitando el despilfarro de los recursos, permitiendo cumplir con la finalidad de la protección social, pero también asegurándose de utilizar adecuadamente los recursos de la seguridad social.

Por lo anterior, es necesario señalar que un convenio de seguridad social debe buscar proteger a la población que realmente se encuentre en riesgo de desprotección social, como aquella población migrante trabajadora que, habiendo laborado en ambos países, no reúne en ninguno de ellos los requisitos para acceder a la pensión legal. Cuando un afiliado, trabajador migrante, tiene la posibilidad de acceder a una pensión legal, el objetivo de protección social establecido por el convenio es innecesario, pues no se encuentra en riesgo la viabilidad económica de su vejez.

Por último, aunque no se encuentra desarrollado en el cuerpo del trabajo, es menester señalar que la Ley 1112 del 27 de diciembre del 2006 es claro ejemplo de la falta de cumplimiento de los trámites exigidos por el artículo 48 de la Constitución Política. El mencionado artículo ordena que “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”; sin embargo, no se evidencia estudio de esta demanda constitucional durante el trámite del proyecto de ley: Ni en la exposición de motivos ni durante el trámite del Congreso se determinó cuáles eran los costos de soportar el convenio, ni cuáles sus beneficios. No existió informe alguno por parte del Instituto de Seguros Sociales por medio del cual diera cuenta si actuarialmente el pago de las pensiones prorratea es sostenible; o si, por el contrario, para hacer sostenible el convenio se requieren aportes estatales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA NAVARRO OLGA LUCÍA, et al. “Los jóvenes y el sistema pensional colombiano”. *Borradores de Investigación 74*. Universidad del Rosario. 2005.
- Banco de la República. *Informe al Congreso de la República*. Bogotá. 2005.
- BORJAS, GEORGE; FREEMAN, RICHARD Y KATZ, LAWRENCE. “Searching for the effect of immigration on the labor market”. *American Economic Review*. Vol 81 N2. 1996. pp. 246-251.
- BOTERO GARCÍA, JESÚS. “El costo de los subsidios, eficiencia económica y equidad”. *Escritos de Economía EAFIT 4*. 2003.
- BRANDER, JAMES; SPENCER, BÁRBARA. “Export subsidies and international market share rivalry”. *Nber Working paper series*. Working paper 1464. Cambridge, MA. 1984.
- CABRILLO, FRANCISCO. *Matrimonio, familia y economía*. Minerva Ediciones. Madrid. 1996.
- CÁRDENAS, MAURICIO; MEJÍA, CAROLINA. “Migraciones internacionales en Colombia ¿Qué sabemos?”. Fedesarrollo. Working paper 30. Bogotá, D.C., 2006.

- CASTILLO CADENA, FERNANDO. “Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: Una perspectiva desde el análisis económico. *Vniversitas* 112. pp. 111-147. Bogotá, D.C., 2006.
- “El derecho y la economía de la discriminación legal por edad” *Reflexiones sobre derecho global*. Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño S. J. 2007. Bogotá, D.C. pp. 201-222.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-159 de 1998.
- EL KAREH, JAIFE MEZHER. “El Gobierno colombiano frente a la migración internacional”. Ponencia presentada en el debate de coyuntura social “Los efectos de la migración internacional en Colombia”. Fedesarrollo. Bogotá, D.C., 2008.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ MAR, et al. *Género y remesas. Migración colombiana del AMCO hacia España*. UN –Instraw, Organización Internacional para las Migraciones–OIM. Bogotá, D.C., 2007.
- GOMORY, RALPH E; BAUMOL, WILLIAM J. *Global Trade and Conflicting National Interest*. The MIT press. Cambridge. MA. 2000.
- HELMSDORFF, LOREDANA. *Ampliación de cobertura del sistema pensional colombiano y atención al adulto mayor*. Misión para una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, D.C., 2007.
- HERNÁNDEZ LUNA, YESID. *Efecto marginal de las remesas en la distribución del ingreso y la pobreza en Colombia*. Tesis de grado de magíster. Universidad del Rosario. Publicación electrónica en *Archivos de Economía*. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, D.C., 2008.
- HOLZMAN, ROBERT; HINZ RICHARD. *Soporte del ingreso económico en la vejez en el siglo XXI. Una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas*. Banco Mundial – Mayol Ediciones S.A. Bogotá, D.C., 2006.
- Instituto Colombiano de Derecho Tributario. *Memorias del VI encuentro de Hacienda Pública y Derecho Tributario. Deuda pública pensional*. Bogotá, D.C., 2008.
- Ley 1112 del 27 de diciembre del 2006. *Diario oficial* 46.494 (27 de diciembre del 2006) Bogotá, D.C. p. 172.
- MIHIR A., DESAI; HINES JR., JAMES R. “Market reactions to export subsidies”. NBER. *Working Paper Series*. Cambridge, MA. 2004.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. *Los retos de la seguridad social*. Colección Seguridad Social 29. MTAS. Madrid. 2004.
- ROSEN, HARVEY S. *Public Finance*. International Edition. 6ª edición. McGraw-Hill. 2002.
- SALAMA, PIERRE, et al. *Sistemas de protección social: Entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Colección Estudios sobre Protección Social. Centro de Investigaciones para el Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C., 2005.
- TÉLLEZ, JUANA; TUESTA DAVID. *Presente y futuro del sistema pensional colombiano. Diagnóstico y propuestas de reforma*. Ponencia presentada en el Seminario del mismo nombre. Presentación power point disponible en la red: http://serviciodeestudios.bbva.com/TLBB/fbin/EINIC_080619_presentacionesinicio_102_tcm268-167924.pdf Bogotá, D.C., 2008.
- TORRES LÓPEZ, JUAN (coord.) *Pensiones públicas ¿y mañana qué?* Ariel. Barcelona. 1996.

