

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

*Fernando Castillo Cadena**
Pontificia Universidad Javeriana**

RESUMEN

En este trabajo el autor, bajo la teoría microeconómica del productor, analiza los principios constitucionales de progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera de la seguridad social en materia pensional. El autor, valiéndose del carácter dual del problema del productor, muestra cómo el Estado, para maximizar el bienestar de sus asociados, debe enfrentarse a su restricción presupuestal. A continuación analiza el principio de progresividad en la cobertura, mostrando los problemas actuales que se presentan con la definición constitucional. De igual manera analiza a la luz del modelo de JIMENO (2004) el principio de sostenibilidad financiera mostrando su carácter eminentemente subjetivo. Posteriormente, ilustra cómo estos dos principios interactúan al interior del sistema, definiendo normativamente su alcance económico; y cómo los derechos adquiridos, los regímenes de transición y las meras expectativas deben ser informados por estos principios. Finalmente se ofrecen algunas conclusiones.

*Fecha de recepción: 27 de julio de 2006
Fecha de aceptación: 29 de agosto de 2006*

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Económico por la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado por la Universidad Santo Tomás. Profesor investigador del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. El autor agradece los comentarios de los profesores JORGE GONZÁLEZ JÁCOME y CARLOS ANDRÉS ÚRIBE PIEDRAHITA.

** Calle 40 # 6-23, Piso 6, Bogotá-Colombia.

Palabras clave: progresividad en la cobertura, cobertura universal, cobertura por nivel de servicio, sostenibilidad financiera, autosostenibilidad, maximización del bienestar, restricción presupuestaria, teoría del productor.

THE PRINCIPLES OF PROGRESSIVE COVERAGE AND FINANCIAL SUSTAINABILITY OF THE SOCIAL SECURITY IN THE CONSTITUTIONAL LAW: A PERSPECTIVE FROM THE ECONOMIC ANALYSIS

ABSTRACT

In this article the author, under the microeconomic theory of the firm, analyzes the constitutional principles of progressive coverage and financial sustainability of the social security in pensional matters. The author, using the dual character of the problem of the firm, shows how the State in order to maximize the welfare of its associates, must face budgetary restriction. Following the economic thought he analyzes the principle of progressive coverage, showing the current problems that appear with the constitutional definition. In the same way he analyzes, based on JIMENO'S model (2004), the principle of financial sustainability, showing its subjective character. Later, he illustrates how these two principles interact at the interior of the system, normatively defining its economic reach; and how the acquired rights, the transitional regimes and the mere expectations must be informed by these principles. Finally some conclusions are offered.

Key words: *progressive coverage, universal coverage, coverage by level of service, financial sustainability, self sustainability, maximization of welfare, budgetary restriction, theory of the firm*

INTRODUCCIÓN

La seguridad social, bajo la Constitución Política de 1991, trascendió el contrato de trabajo y se configuró bajo la forma de un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado pero también como un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio nacional.

El derecho a la seguridad social fue informado por los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad en su configuración constitucional. Sin embargo, 15 años después de promulgada la Constitución Política, la universalidad en la cobertura de la seguridad social no se ha logrado. En el sistema pensional la perspectiva que se vislumbra en cuanto a la cobertura es dramática: Se estima que solamente el 25% de la población colombiana ha accedido o accederá a una pensión.

Tanto el gobierno nacional como algunos técnicos habían percibido que el gasto público en materia pensional estaba disparado y que esto no sólo tendría repercusiones en las cuentas de la seguridad social sino también en las finanzas públicas en general. El gobierno, con base en sus cuentas, sostuvo que el déficit pensional colombiano ascendía al 187% del PIB; sin duda una cifra bastante elevada para un nivel de cobertura tan bajo. Pasivos pensionales de parecida magnitud al colombiano, como el del Reino Unido o Japón, soportaban un nivel de cobertura de más del 80% de su población

El gobierno estimó que el gasto público pensional en Colombia era desordenado y que, por tanto, no garantizaba la efectividad del derecho a una pensión para todos; lo que implica de una manera u otra la convicción de que no se estaba alcanzando un nivel adecuado de cobertura de la seguridad social. Además sostuvo que, dada la magnitud del pasivo pensional, no se estaba conciliando el derecho a las pensiones con otras necesidades de gasto en materia de salud, educación y otros gastos sociales.

En realidad, el gobierno se encontraba molesto con la Corte Constitucional por cuanto esta última, en dos ocasiones, había declarado inconstitucional algunos apartes de sendas leyes que buscaban modificar el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, afectando las cuentas del Estado ante los organismos internacionales; y por ende los compromisos adquiridos en cuanto a la reducción del déficit público.

Para evitar los factores que producían desorden en las cuentas públicas, y de paso imponer su punto de vista ante la Corte Constitucional, el gobierno nacional, en 2004, sometió a consideración del Congreso de la República un proyecto de acto legislativo, por medio del cual proponía, entre otras cosas, el principio de sostenibilidad financiera como informador del sistema de seguridad social. En julio de 2005, se promulgó el acto legislativo N° 1, por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, incorporando en el ordenamiento dicho principio.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar cómo se interrelaciona, en el orden constitucional colombiano, el principio de progresividad en la cobertura con el nuevo principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social.

Para cumplir nuestro cometido, en primer lugar se expondrá, a la luz de la teoría del productor, el problema que plantea el gobierno de conciliar “el derecho a las pensiones con la necesidad que tiene el Estado de destinar recursos para atender sus deberes frente a todos los colombianos en materia de salud, educación y otros gastos sociales” dada la restricción presupuestaria con la que se enfrenta. Posteriormente se analizará el principio de progresividad en la cobertura y su íntima relación con el derecho irrenunciable a la seguridad social, señalando la imposibilidad material, por la restricción presupuestaria, de buscar al mismo tiempo la cobertura universal y la cobertura por nivel de servicio.

En la tercera parte se analizará las implicaciones del principio de sostenibilidad financiera. Desarrollando el modelo de JIMENO se demostrará que dicho principio, dada la dificultad de lograr una definición de sostenibilidad, es subjetivo. En la cuarta parte se señalará cómo interactúan los principios de progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera del sistema pensional. A la luz de estos principios se analizarán los derechos adquiridos, los regímenes de transición y las meras expectativas, indagando por la posibilidad de volver más gravosas las condiciones de acceso o mantenimiento de las prestaciones económicas en cada grupo, y las razones de eficacia y eficiencia que justifican mantener un nivel dado de prestaciones. Se analizará, además, dos posibles razones, diferentes a las de equidad, justicia o igualdad, por las cuales se crean judicialmente derechos prestacionales. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones.

1. DERECHOS PENSIONALES, OTROS DERECHOS Y TEORÍA DEL PRODUCTOR

En el presente apartado intentamos, a través de la teoría del productor, mostrar el problema presupuestario para el Estado en relación con su deber de generar bienestar a la población. En primer lugar nos referiremos a la curva isobienestar; posteriormente a la curva isocuantas y finalmente nos centraremos, dado el carácter dual del problema económico del productor, en la maximización del bienestar de la sociedad dada la restricción presupuestaria existente.

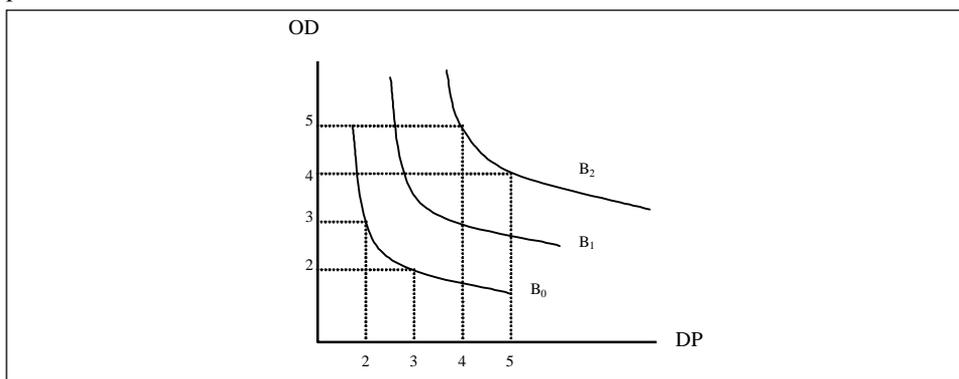
1.1. La producción de bienestar y la curva isobienestar

Asumamos que el Estado es un productor de bienestar¹. Para que el Estado pueda producir debe emplear unos factores de producción; asumamos que los factores de producción están relacionados con la creación y garantía de los derechos de los

1 Su finalidad, inspirados en el preámbulo de la constitución colombiana, es asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad dentro de un marco que garantice un orden político, económico y social justo.

asociados². En general, a mayor cantidad y garantía de derechos reconocidos por parte del Estado, mayor producción de bienestar a la sociedad.

Para mantener el análisis simple sólo combinaremos dos factores de producción. Debido a que nos interesa estudiar la cobertura pensional, en el eje de las abscisas se encuentra el factor de producción creación y garantía de derechos pensionales —DP, mientras que en el eje de las ordenadas ubicaremos el factor creación y garantía de otros derechos— OD³. La curva isobienestar refleja las diferentes combinaciones de factores (derechos creados y garantizados) que otorgan un nivel dado de bienestar. Un aumento en los “factores” conduce a un incremento en la producción de bienestar. Cada curva isobienestar muestra un nivel de bienestar logrado mediante la combinación de diferentes cantidades de los factores de producción determinados.



GRÁFICA 1. Cada una de las curvas isobienestar nos refleja diferentes combinaciones de factores que nos otorgan un nivel de bienestar dado. Así, el nivel de bienestar B_0 se logra con la combinación de 3DP y 2 OD o de 2DP y 3 OD. Un nivel de bienestar mayor, como el señalado en la isobienestar B_2 se logra con la combinación de 5DP y 4OD o de 4DP y 5OD.

Desde luego, el Estado como productor, afuera otros supuestos, desearía generar el mayor nivel de bienestar esperando satisfacer la demanda de sus asociados. Así,

2 Este supuesto lo tomaremos en forma simple. Algunas corrientes del derecho simplemente señalarán que el Estado no crea derechos; que ellos provienen de la naturaleza que es anterior. Sin embargo, asumimos que el Estado crea y garantiza derechos, lo cual, al menos en materia de seguridad social, es cierto. Como señala PECES BARBA: “No deja de tener consecuencias la constatación de que no puedan derivar de los iniciales derechos naturales, que por su condición son universales desde el inicio y son tratados desde la igualdad como equiparación. Probablemente, la más relevante sea que no cabe una fundamentación iusnaturalista para estos derechos económicos, sociales y culturales.” Ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, pág. 65.

3 Nuestra función de producción, la podríamos expresar en la siguiente forma: $Q= Q(DP, OD)$.

en la gráfica 1, el Estado escogería el nivel de bienestar representado por la curva isobienestar B_2 .

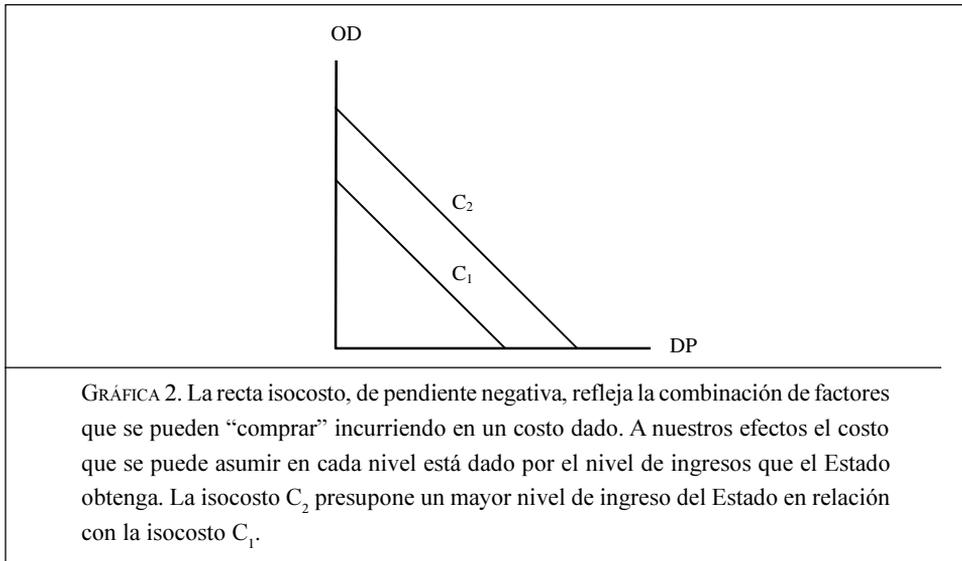
1.2. La curva isocosto

Los factores que se utilizan en el proceso de producción no son gratuitos. Crear y garantizar derechos tiene un costo. Por ejemplo, el “derecho de propiedad” no lleva sólo implícito el costo del reconocimiento por parte del Estado sino el costo de garantizarlo que incluye los gastos en policía, en un tribunal de justicia, etc. Entonces, el Estado debe “pagar” por los factores de producción.

La recta isocosto comprende todas las combinaciones posibles de los factores DP y OD que pueden “comprarse” a un costo dado. La recta isocostos viene dada por

$$C = m \cdot DP + w \cdot OD \quad [1]$$

Donde m es el costo de crear y garantizar una unidad de DP y w es el costo de crear y garantizar una unidad de OD. La recta isocosto tiene una pendiente $-(m/w)$ que es el cociente entre el costo de garantizar una unidad de DP y el costo de garantizar una unidad de OD⁴. Gráficamente la podemos representar como una curva de pendiente negativa que nos indica que, si el Estado renuncia a una unidad de DP, recuperará m pesos para “comprar” m/w unidades de OD a un costo de w pesos.



4 Utilizando el álgebra elemental en la ecuación 1 tenemos que $OD = C/w - (m/w) \cdot DP$. La recta isocosto tiene una pendiente $\Delta OD / \Delta DP = -(m/w)$. Ello nos señala que el Estado puede dejar de “comprar” DP a un precio m y optar por “comprar” m/w unidades de OD.

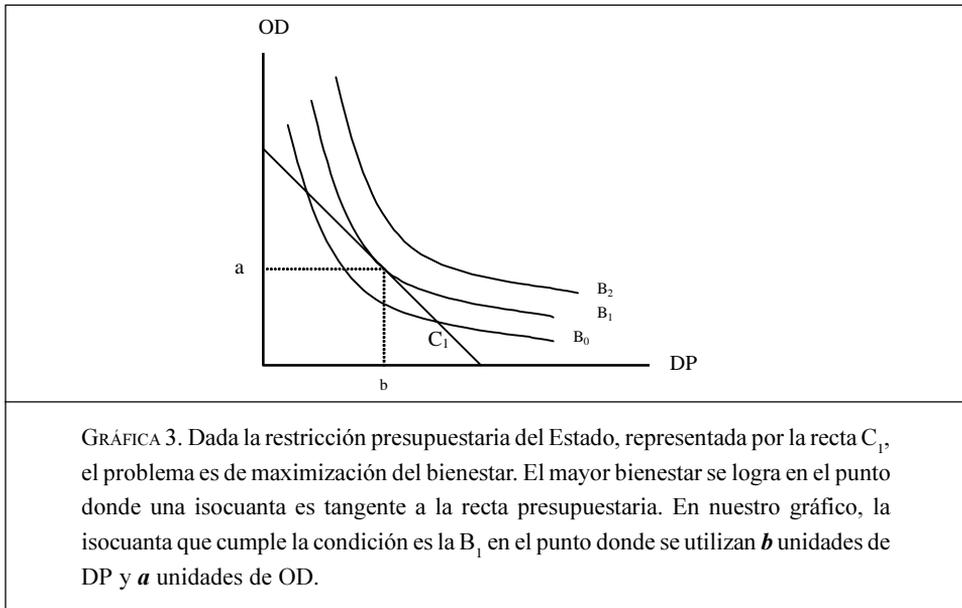
La recta isocosto no es otra cosa, a nuestros efectos, que la restricción presupuestaria que tiene el Estado para garantizar y crear derechos. La capacidad presupuestal del Estado es limitada; empero, tendrá que buscar una combinación de factores que garantice un nivel dado de bienestar. Cuando el Estado tiene más recursos para producir bienestar, su recta presupuestaria se desplazará hacia la derecha y hacia afuera. Cuando el Estado tiene menos recursos, su recta presupuestaria se desplazará hacia la izquierda y hacia adentro.

1.3. La elección de los factores y el nivel de bienestar

Conforme a lo que hemos venido señalando el Estado como productor de bienestar debe elegir un nivel máximo de bienestar pero está sujeto a una restricción presupuestaria. Por consiguiente, no vamos a seguir un proceso donde el productor elige el nivel de producción que desea y su problema es el de minimización de los costos. En nuestra teoría, el problema del productor es que debe conseguir, dada la restricción presupuestaria, el mayor bienestar posible para la sociedad⁵.

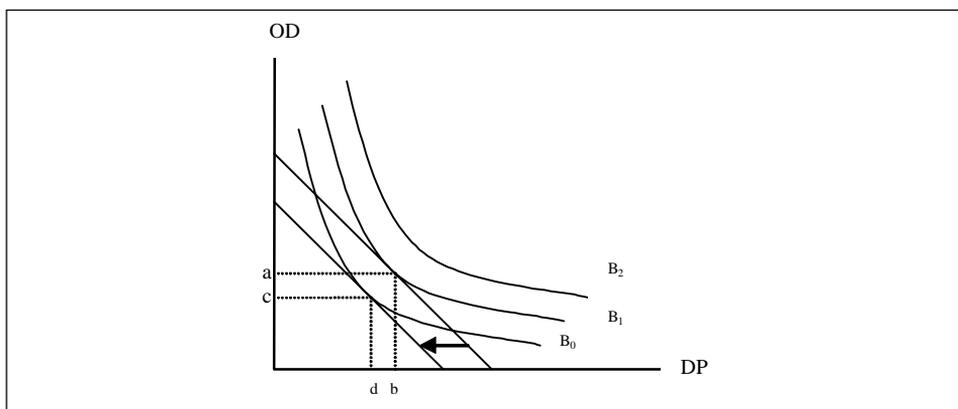
Supongamos que el Estado sólo recibe recursos de sus impuestos; luego el gasto total en que puede incurrir es igual a la suma recibida por este concepto. Reiteramos que bajo este supuesto el Estado no tiene forma de endeudarse ni de recibir ingresos por actividades económicas lucrativas. Ahora bien, el ingreso total del Estado debe usarse para “adquirir” DP y OD, en la forma en que se maximice el bienestar. Siguiendo la teoría microeconómica, el bienestar se maximizará en el punto donde la recta isocosto hace tangencia con la curva isobienestar. En este punto habremos logrado el máximo bienestar que puede otorgar el Estado dada su restricción presupuestaria⁶.

-
- 5 Esta definición del problema es muy importante para el debido entendimiento del presente trabajo. Al igual que en la teoría del productor, en nuestra teoría, la decisión del Estado, en relación con los factores que tiene, es de carácter dual. La elección óptima de los factores no sólo se puede analizar desde la óptica de la minimización de los costos (buscar la isocosto más baja), sino también desde la óptica de la maximización del bienestar, de modo tal que el máximo bienestar (la isobeneficio más alta) se da cuando $PM_{DP}(DP, OD)/m = PM_{OD}(DP, OD)/w$; que también es condición necesaria para la minimización de costos.
- 6 La relación marginal de sustitución técnica $-RMST$ nos muestra la capacidad del Estado para sustituir OD por DP manteniendo el mismo nivel de bienestar y la representamos así: $\Delta OD/\Delta DP$. La $RMST$ se da a lo largo de la curva isocuantas. La $RMST$ correspondiente a un punto cualquiera de la curva isocuantas es igual en valor absoluto a la pendiente de la curva isocuantas en ese punto. Como arriba lo anotamos, la pendiente de la recta presupuestaria viene dada por la relación de precios de los factores m/w . El bienestar se maximiza cuando $RMST = (m/w)$.



1.4. El desplazamiento y la rotación de la curva isocosto

Hasta ahora hemos supuesto que la recta isocosto sólo se desplaza hacia la derecha y hacia fuera. Esta suposición nos lleva a que la sociedad siempre es más rica, y, por tanto, a que siempre se pagarán más impuestos, lo que hace que haya más dinero que gastar para comprar los factores que producen un mayor bienestar. Sin embargo, esta posición no es realista. Muchas veces el Estado no recauda lo necesario para “comprar” los factores de producción por varias razones, entre otras por el ciclo económico. Ello implica que la curva isocosto no se desplace sólo hacia afuera y a la derecha sino que, en algunas ocasiones, lo haga hacia adentro y a la izquierda. La teoría económica sugiere entonces que el nivel de producción de bienestar debe restringirse hasta el punto donde éste se maximice, dada la nueva restricción presupuestal. Ello llevaría a que el Estado restrinja unidades tanto de DP como de OD para adaptarse a la nueva situación. A ese nivel sólo podríamos alcanzar una curva isobienestar más baja pero también nos encontraríamos en un punto donde se maximiza el bienestar, dada la correspondiente restricción presupuestaria.



GRÁFICA 4. La restricción presupuestaria del Estado es mayor, esto es, la recta isocosto se desplaza hacia adentro y hacia la izquierda. Bajo la nueva restricción presupuestaria sólo se puede producir el bienestar reflejado por la isobienestar B_0 utilizando d unidades del factor DP y c unidades del factor OD.

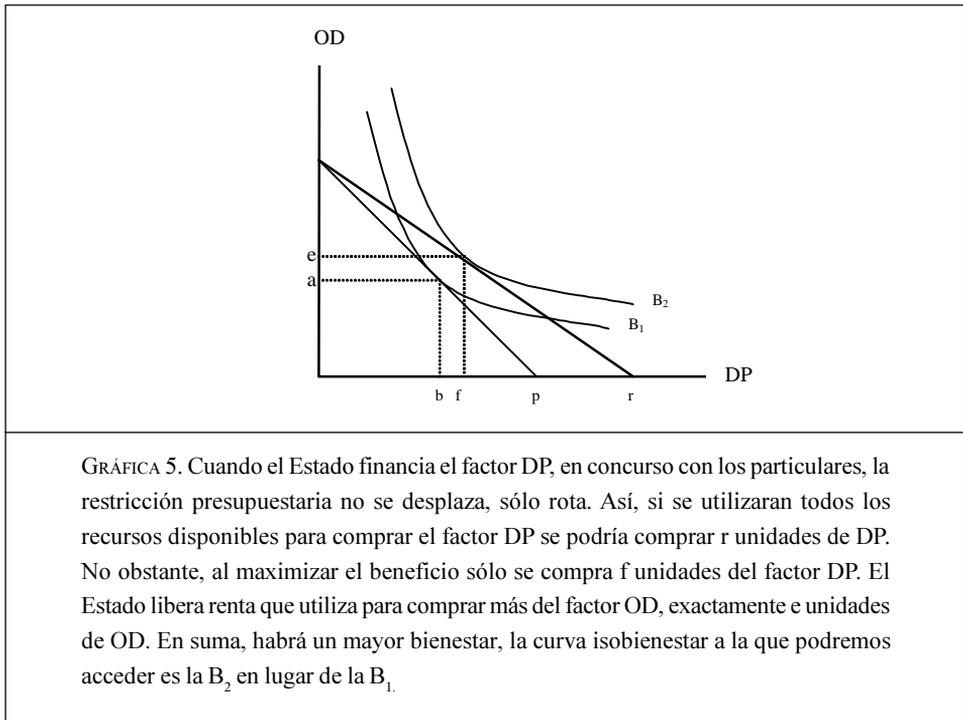
Rompamos el supuesto de que el Estado es el único que financia el factor DP. Supongamos ahora que los particulares ayudan a la financiación del factor DP, y que lo hacen mediante cotizaciones. En este caso, lo que se produce es una rotación de la restricción presupuestal, de tal forma que, ahora, como lo refleja el gráfico 5, se logra acceder a una curva isobienestar más alta o, en otras palabras, a un mayor nivel de bienestar. En este caso, el Estado con el concurso de los particulares logra mejorar el bienestar de la sociedad en su conjunto; por ello, habrá más factores DP. Nótese que la contribución de los particulares también hace que el Estado gaste menos recursos en DP y financie más factores OD.

Como ahora existe la posibilidad de financiación de los particulares, el Estado podría, en momentos de crisis económica, obligar a los particulares a incurrir en una mayor carga para financiar DP, con el fin de mantener un determinado nivel de bienestar. Dado que la restricción presupuestaria se desplaza hacia la izquierda y hacia adentro, el nivel de financiación de los particulares se incrementa fuertemente. No obstante, la capacidad económica de los particulares también es limitada y suele restringirse en épocas de crisis. Por tanto, no parece creíble que el Estado pueda imponerle al particular una mayor y desproporcionada carga; ya que se producirían otros efectos no deseados que, probablemente, agravarían el estado de bienestar. Es decir, la curva isobienestar que se alcanzaría, podría ser aún más baja que la que correspondería en caso de no haberse impuesto a los particulares una mayor carga económica para la financiación de DP⁷.

7 Por ejemplo los particulares, dada la relación entre costos y beneficios, preferirían no pagar las cotizaciones. Una creciente elusión y evasión de aportes se produciría con consecuencias funestas para el programa de seguridad social.

Pero también, aún en tiempos de prosperidad económica, el Estado podría evitar pagar para financiar el factor DP, obligando a los particulares a responder con una mayor carga económica con el objeto de liberar renta para financiar OD, buscando así incrementar el bienestar. Sin embargo los particulares, dada la relación costo beneficio, podrían optar por informalizar su situación laboral, para evadir el pago que corresponda, o incluso presionar una revuelta por impuestos⁸.

Así las cosas es fácil ver que los recursos que se destinan para producir bienestar en una sociedad son limitados; por tanto deben utilizarse de la mejor manera para hacer máximo dicho bienestar. Por otro lado, pero en el mismo sentido, una deficiente utilización de los recursos disponibles tiene el mismo efecto que un aumento de la restricción presupuestaria, por tanto reduce el bienestar que se podría alcanzar en una determinada sociedad.



GRÁFICA 5. Cuando el Estado financia el factor DP, en concurso con los particulares, la restricción presupuestaria no se desplaza, sólo rota. Así, si se utilizaran todos los recursos disponibles para comprar el factor DP se podría comprar r unidades de DP. No obstante, al maximizar el beneficio sólo se compra f unidades del factor DP. El Estado libera renta que utiliza para comprar más del factor OD, exactamente e unidades de OD. En suma, habrá un mayor bienestar, la curva isobienestar a la que podremos acceder es la B_2 en lugar de la B_1 .

8 En la argot se habla de *Tax Revolt* aquellas situaciones en que los ciudadanos protestan por los impuestos logrando que el Estado dé marcha atrás en sus decisión tributaria. Una alta tasa de cotización a la seguridad social, podría llevar al mismo resultado. Pero también, una alta tasa comporta problemas de evasión y de elusión, beneficiando la utilización fraudulenta de diversas figuras jurídicas para evadir dichos aportes.

1.5. Isobienestar, isocosto y el artículo 48 de la Constitución Política

Abordar desde la teoría de la producción los problemas que queremos analizar, en relación con los principios de progresividad y sostenibilidad financiera contenidos en el artículo 48 de la Constitución Política, nos permitirá tener en cuenta los aspectos económicos que se presentan, tanto para los particulares como para el Estado, por cuenta de la interpretación de la norma y cómo puede ésta derivar, tanto el corto como en el largo plazo, en un mayor o menor bienestar para la sociedad.

A partir de la teoría expuesta intentaremos responder varias preguntas que surgen en relación con la definición de los principios de progresividad y de sostenibilidad financiera en la seguridad social. En primer lugar, ¿qué implica la cobertura de acuerdo con el principio de progresividad? En segundo lugar ¿la orden de ampliación de la cobertura, así sea gradual, se debe entender como el mantenimiento de un determinado estado de bienestar con independencia de los costos que ello conlleve? En tercer lugar, ¿el principio de sostenibilidad financiera es un principio objetivo? O por el contrario, ¿depende del nivel de bienestar y de la disposición a gastar por parte del Estado y de los particulares? Por último, ¿cómo se conjuga el principio de sostenibilidad financiera con el de progresividad en la cobertura de la seguridad social?

2. EL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA AMPLIACIÓN PROGRESIVA DE SU COBERTURA

El artículo 48 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social. Agrega que el Estado, en participación con los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La norma constitucional plantea varios problemas desde el punto de vista económico. En general, el constituyente de 1991, víctima del optimismo generalizado de la sociedad, otorgó una serie de derechos explícitos⁹ sin preguntarse realmente

⁹ En la sentencia C-408 de 1994 se afirma: “La Carta adopta pues, un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, gradualmente deben quedar comprendidos en la seguridad social. También muestra la norma superior con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación

por la restricción presupuestaria que enfrentaba el Estado para garantizar los derechos y prerrogativas creados. Éste es quizás el problema más grave que se afronta. GARCÍA VILLEGAS¹⁰, al referirse a las normas constitucionales que consagran derechos en forma de principios, muestra el problema así:

“Al ser sólo derechos *prima facie*, las cartas constitucionales de derechos sociales dicen proteger más derechos de los que en realidad están en capacidad de proteger”.

Ello implica una tensión entre lo que se puede derivar de la norma, bajo diferentes interpretaciones, en relación con la protección de derechos, y lo que realmente el Estado puede hacer dada su restricción presupuestaria.

La tensión que origina el derecho “irrenunciable a la seguridad social” no es de poca monta; tiene la mayor relevancia económica. Resulta claro que la seguridad social, a partir de su definición en 1991, trascendió el contrato de trabajo y, por tanto, su financiación implica una mayor participación del Estado. Si hubiésemos entendido el mandato constitucional como un derecho inmediato, apenas existe duda, el Estado habría quebrado. La cobertura de la seguridad social en Colombia era aproximadamente del 22% de la población¹¹, es decir, casi nula; y la deuda pensional, a favor de muy pocos beneficiarios, crecía exponencialmente¹².

El gobierno entendió el *derecho irrenunciable a la seguridad social* como un principio de actuación del Estado que viene atado a la progresividad de la cobertura. De esta forma se permitía conciliar el afán de mejorar el bienestar de la población, vía incremento en la cobertura de la seguridad social, con la restricción presupuestaria.

Sin embargo, además del problema arriba señalado, desde el punto de vista económico la incorporación de un “derecho irrenunciable” creó dos problemas adicionales, los que no tardaron en revelarse. En primer lugar, el problema de la creación extralegal de derechos. En segundo lugar, el problema que se presenta por la devastación de recursos escasos susceptibles de ser racionalizados; ambos se encuentran estrechamente entrelazados.

y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias”.

10 Véase: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, t. 1, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, págs. 455-483.

11 Véase: *Discurso del presidente CÉSAR GAVIRIA en el acto de sanción de la Ley 100 el 23 de diciembre de 1993 en Ministerio del Trabajo y seguridad social, 1993.*

12 La deuda por obligaciones pensionales llegó a representar el 182.8% del PIB; Actualmente se sitúa en el 142.7% del PIB. Véase: RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO. “La seguridad social: ¿hacia una mayor transparencia presupuestal? en Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *VI Encuentro de hacienda pública y derecho tributario. Deuda pública pensional*, Bogotá, octubre 20 de 2005, pág.98.

2.1. La creación extralegal de derechos

Para garantizar un derecho, valga la redundancia, tiene que existir efectivamente el derecho. Una norma de creación de derechos debe cumplir dos requisitos simples, uno de claridad y otro de certeza. Se cumple con el requisito de claridad cuando el derecho es debidamente asignado. A su vez, se cumple con el requisito de certeza cuando los agentes pueden reivindicar los derechos sin incurrir en costos de transacción, es decir, cuando el derecho puede ser libremente ejercitado¹³.

En lo económico, una asignación clara de derechos permite reducir todos los costos de transacción para la sociedad pero; además permite determinar el nivel de gasto apropiado para mantener un conjunto dado de derechos reconocidos¹⁴.

En principio los derechos de la seguridad social son creados, modificados e incluso extinguidos por el legislador, de acuerdo al principio de reserva de ley¹⁵. Como ya hemos señalado, dada la restricción presupuestaria del Estado, y de los particulares, la certeza de los derechos permite determinar en mejor forma la manera de optimizar el gasto y lograr un mayor nivel de bienestar. Sin embargo, las normas colombianas no siempre han sido claras en cuanto a la creación de derechos prestacionales¹⁶. Además, la tendencia observada con frecuencia, es la creación judicial de derechos que ni siquiera el legislador se ha planteado o, la ampliación de derechos hacia sectores de población que no los tienen¹⁷. Ello implica que, por falta

13 De aquí la afirmación de PASTOR de que el derecho es un valor esperado, pues depende no sólo de la claridad en la asignación sino de la certeza en su reivindicación. Véase: PASTOR, SANTOS, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 28.

14 Una asignación de derechos clara permite que las personas efectivamente conozcan cuáles son sus posibilidades legales. Ello conlleva una menor utilización del aparato judicial dado que los agentes no pueden aprovecharse de la probabilidad de error en la apreciación judicial. Uno de los grandes problemas, que conduce a la congestión judicial en Colombia en temas de seguridad social, es que la asignación de derechos no ha sido clara, en parte debido a la excesiva regulación.

15 Indudablemente el positivismo jurídico es el que mejor encuadra, dada una restricción presupuestaria, con lo que una sociedad puede hacer o no puede hacer. El constitucionalismo moderno propende por interpretaciones más allá de la norma que complican, desde el punto de vista de la sociedad, el uso de los recursos escasos de que se dispone.

16 Al aplicarse el principio de favorabilidad, cuando las normas no son claras en cuanto a la asignación de los derechos, se prefiere la interpretación que beneficie al trabajador. Ello en muchas ocasiones ha traído como consecuencia la declaratoria judicial de compatibilidad entre prestaciones de la seguridad social, lo que en cierta forma ha impedido un uso óptimo de los recursos destinados a la seguridad social. Por ejemplo, mediante sentencia del 3 de abril de 1995, el Consejo de Estado anuló unos literales del Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Directivo de Instituto de Seguros Sociales, aprobado por Decreto 758 de 1990. Como consecuencia de esa decisión las pensiones propias de dicho instituto se asumieron compatibles con las pensiones a cargo del sector público.

17 En sentencia T-406 de 1992, la Corte señaló: “[...] Sin embargo, los nuevos postulados del Estado social y las nuevas relaciones jurídicas derivadas del Estado bienestar imponen un cuestionamiento de esta solución.

de claridad, no se puede determinar una relación costo beneficio real en la asignación de los derechos de la seguridad social.

Una situación, como la presente, en la que los derechos son ambiguos, incrementa en forma exagerada los costos para la sociedad. No es difícil explicar esta idea. De un lado existen los “costos de asignación” de derechos y, del otro, existen “los costos de certeza” de los derechos: para explicar lo que hemos denominado “costos de asignación” tenemos: en primer lugar, la asignación de derechos no es un proceso gratuito: a todos los participantes en el proceso político se les paga una suma de dinero por la toma de la decisión política que se torna derecho¹⁸. Y en segundo lugar, existe a la vez una valoración explícita de lo que al Estado le cuesta otorgar el derecho asignado a la población¹⁹. Ambos costos se encuentran siempre presentes en la creación de derechos.

Los “costos de la certeza”, son aquellos que se asumen para que los agentes económicos puedan reivindicar sus derechos; por ejemplo, el costo de crear y mantener un tribunal de justicia, la policía (del trabajo), etc. Ahora bien, dado que los litigantes pueden intentar variar los resultados de un proceso mediante la incorporación de variables no previstas en la ley que crea el derecho, por ejemplo para probar que un pretendido derecho es un *derecho social fundamental*, el Estado debe asumir la defensa de los derechos realmente creados por el legislador. El primer resultado que se predice es una congestión en el aparato judicial. La congestión con todo lo que ella implica, en términos económicos, representa un costo para la sociedad. El segundo resultado que se pronostica, si los jueces se rebelan contra los requisitos que las normas exigen para el acceso al derecho, es la creación de un gasto carente de provisión presupuestaria para soportarlo, lo que nos lleva al segundo problema arriba enunciado.

“Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.

“Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley”.

18 Estos costos de la decisión política incluyen los costos de información, de negociación y de ejecución de la decisión política.

19 En materia pensional lo podríamos definir como el valor presente esperado del derecho otorgado para la población cubierta, descontando el valor presente esperado del pago de las cotizaciones a cargo de los beneficiarios de la prestación. En otras palabras, lo que al Estado le correspondería asumir efectivamente al otorgar el derecho.

A modo de digresión: una pregunta que surge es ¿para qué el legislativo gasta recursos tratando de otorgar o limitar derechos, si el órgano judicial siempre va más allá en la adjudicación de derechos? Obviamente la respuesta no se halla en la inutilidad del legislativo sino más bien en el abuso de los jueces al ir más allá del límite de sus competencias.

2.2. La devastación de los recursos escasos susceptibles de ser racionalizados

El segundo problema viene dado por lo que en la literatura económica se conoce como la “tragedia de los comunes”, la que nos ilustra como un recurso puede ser utilizado de manera ineficiente, o incluso extinguido, cuando se abusa en su explotación²⁰. Los recursos de la seguridad social llevan a un mejor resultado, en términos de bienestar, cuando son explotados adecuadamente y en forma ordenada, que cuando se utilizan en forma indiscriminada para solucionar situaciones individuales. Los recursos, que sirven para “adquirir” nuestros factores, utilizados adecuadamente producen economías de escala; pero si los factores son indebidamente utilizados el nivel de producción no llegará a su óptimo. Ello sucede cuando los jueces de tutela ordenan el gasto en derechos no reconocidos legalmente, sobre los cuales no existe una provisión presupuestaria suficiente no sólo para crearlos sino para hacerlos viables en el largo plazo²¹.

Los problemas que crean los jueces cuando reconocen derechos más allá de las definiciones legales, definitivamente inciden en la economía. En general, existe variada, extensa y profunda literatura sobre qué razones de justicia aplican para solucionar casos individuales. Sin embargo, el razonamiento del juez no permite descubrir otra parte del problema que básicamente la podemos plantear en forma de pregunta, así: ¿a cuántas personas se les priva indirectamente de recibir el derecho a la seguridad social, por otorgarle a un solo afiliado un derecho que la ley no prescribe y sobre el cual no existe provisión presupuestaria?

2.3. Clases de cobertura y división de esfuerzos

Los anteriores planteamientos nos llevan a abordar necesariamente el estudio de la cobertura. A nuestros efectos podemos identificar dos tipos de cobertura: cobertura

20 Véanse: BELL, FREDERICK W. (1986), “*Mitigating The Tragedy Of The Commons*”, en: *Southern Economic Journal*, 52, págs. 653–664; GORDON, H. SCOTT (1954), “*The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*”, en: *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, abril, págs. 124-142.

21 Detrás de un derecho pensional reconocido existe un problema de financiación. Los requisitos para acceder a la pensión, a menudo, no son caprichos impuestos por técnicos y actuarios; dependen de variables sociales y económicas relevantes. Así cuando un juez se rebela contra un requisito exigido por la ley para otorgar un derecho, está atentando contra la viabilidad financiera del sistema.

universal²² y cobertura por nivel del servicio²³. Ambas clases de cobertura implican un adecuado nivel de calidad y comportan un costo para el Estado. Sin embargo, dada la escasez de los recursos, no parece viable perseguir las dos clases de cobertura al mismo tiempo.

En un país como el nuestro, con una cobertura poblacional tan baja en materia de seguridad social, era de esperarse una definición clara respecto de la clase de cobertura que se debía privilegiar²⁴. La Constitución, en el artículo 48, consagra que la seguridad social se sujeta a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. El último principio nos otorga una pista sobre la prelación que otorga la norma fundamental en relación con la clase de cobertura que debe impulsarse inicialmente. Así, los esfuerzos del Estado deben dirigirse a lograr la cobertura universal y, una vez obtenida ésta, como meta posterior, a mejorar las prestaciones de la seguridad social, si ello es posible, de acuerdo con la restricción presupuestaria tanto del Estado como de los particulares llamados a financiarla.

Para otorgar la cobertura universal era necesario preguntarse inicialmente, cuál es el conjunto de derechos que debe conformar la seguridad social; esto es, ¿qué derechos de seguridad social se pueden garantizar a *toda* la población de acuerdo con la restricción presupuestaria, en un plazo determinado? En este trabajo no pretendemos señalar cuál es el conjunto de derechos que debe otorgar la seguridad social; simplemente tomamos en consideración que el Estado define dicho conjunto por medio de la ley.

Como arriba lo hemos mencionado, la claridad en la definición de los derechos es una condición necesaria para determinar todos los costos en que una sociedad puede incurrir. Una vez definido el conjunto de derechos se puede determinar su valor presente esperado; y con base en dicho valor se pueden definir las cargas tanto para el Estado como para los particulares llamados a financiar la prestación²⁵.

22 El artículo 2 de la Ley 100 describe la universalidad como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

23 Dejamos de lado la cobertura geográfica, en tanto, en cuanto, ni la Constitución ni la ley la constituyeron como criterio eximente del Estado para prestar el servicio de la seguridad social. En el antiguo régimen de los seguros sociales obligatorios el criterio se basaba en este tipo de cobertura principalmente; aunque se imponía a título de principio el criterio de la cobertura universal.

24 Actualmente se estima que sólo el 25% de la población colombiana tiene o tendrá acceso a una pensión. Véase: RESTREPO SALAZAR, ob. cit., pág. 106.

25 Nótese que en estos momentos nos interesa quiénes son los particulares llamados a financiar la seguridad social pero sólo para estimar cuál es la carga de Estado para financiar la seguridad social de toda la población.

Si el proceso se lleva de manera correcta, entonces la sociedad tendrá un conjunto de derechos que, dada la restricción presupuestaria, maximizará su bienestar. Además, ese conjunto debidamente identificado y garantizado permite la justicia distributiva al consolidar la igualdad entre todos los beneficiarios.

El reconocimiento constitucional de la progresividad en la cobertura universal indica la imposibilidad real, aceptada por el constituyente, de llegar en un momento temprano a toda la población.

No obstante, la justicia constitucional colombiana ha venido aplicando extensivamente las dos dimensiones de la cobertura, frenando el proceso de universalidad que se hubiese podido desarrollar si los recursos se hubieran destinado en la forma prescrita por la ley. Por ejemplo, la Corte Constitucional, en sentencia T-221/06 aplicó la excepción de inconstitucionalidad sobre el artículo 39 de la Ley 100, modificado por el artículo 1 de la Ley 860, otorgando una pensión a quien no reunía los requisitos para ello. La Corte, trayendo a colación las sentencias C-251/97 y SU- 225/98, señaló:

“El principio de progresividad, inherente a los derechos de segunda generación y predicable del derecho a la seguridad social por expreso mandato del artículo 48 constitucional, ha sido desarrollado *in extenso* por la jurisprudencia de esta Corporación; así, la misma ha sostenido que “existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la *progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales*, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad”, (bastardilla fuera de texto).

Aunque la Corte ya había reconocido la amplia facultad de configuración del legislador en cuanto a la seguridad social, se decantó por proteger la cobertura por nivel del servicio, relegando la prelación de la cobertura universal al segundo lugar. En sentencia C-38 de 2004, señaló:

“el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

Es cierto que la alta corporación no cerró de tajo la posibilidad de “contradecir” el principio de progresividad por nivel del servicio. En la sentencia de tutela comentada, la Corte señaló:

“No obstante, es factible que el legislador establezca regulaciones regresivas en tratándose de derechos sociales y económicos, cuando éstas sean razonables y proporcionales y se encuentren debidamente justificadas. En la sentencia C-38 de 2004, la Corte se refirió a estos presupuestos señalando que, tratándose de medidas regresivas, el legislador debe acreditar que las mismas no fueron adoptadas en forma inopinada, sino que fueron el resultado de un estudio cuidadoso, en el cual se tuvieron en cuenta distintas alternativas. Además, debe establecerse que las distintas alternativas, menos lesivas en términos de protección de los derechos involucrados, no eran igualmente eficaces. Finalmente, debe poder acreditarse que la medida no sea desproporcionada, en estricto sentido, de manera que el retroceso en la protección del derecho afectado no aparezca excesivo frente a los logros obtenidos”.

Sin embargo, con base en este razonamiento la probabilidad de modificar al alza, los requisitos para acceder a las prestaciones de la seguridad social, sería casi nula toda vez que resulta demasiado subjetiva la aprobación constitucional de una norma “regresiva”. De hecho, la Corte en la sentencia de tutela comentada, declaró la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar al caso concreto la ley vigente, bajo pretexto de regresividad en relación con la norma anterior²⁶.

No debemos dejar de lado el hecho de que el planteamiento de la Corte, a través de los diferentes fallos, ha sido más bien ambiguo. Esta clase de sentencias ambiguas no potencian la búsqueda de soluciones que traigan como resultado una mayor cobertura, y que permitan armonizar las prestaciones con la restricción presupuestal del Estado, y la capacidad de pago de los afiliados.

Ahora bien, en países pobres, con baja cobertura de la seguridad social, es más importante otorgar un nivel mínimo de derechos acorde con la restricción presupuestaria, que otorgar diferentes niveles de derechos devastando los recursos que pueden permitir un determinado nivel de bienestar para *todos*, en lugar de uno para unos cuantos. Aunque este problema es más visible en el Sistema de Salud; por ejemplo cuando el juez constitucional ordena medicamentos o tratamiento no

26 Aunque el fallo en comentario nos sirve para ilustrar el problema que surge cuando el juez constitucional aplica las dos clases de cobertura, otorgando derechos no reconocidos expresamente por las leyes; queremos manifestar que no necesariamente estamos en desacuerdo con la sentencia pero por otras razones. Como arriba lo señalamos, la imposición del requisito de fidelidad en las pensiones de invalidez y sobrevivientes no aparece técnicamente justificado. Una explicación posible es que dicho requisito haya sido impuesto para que el Instituto de Seguros Sociales pueda seguir administrando sus seguros previsionales, en lugar de contratarlos con el sector privado.

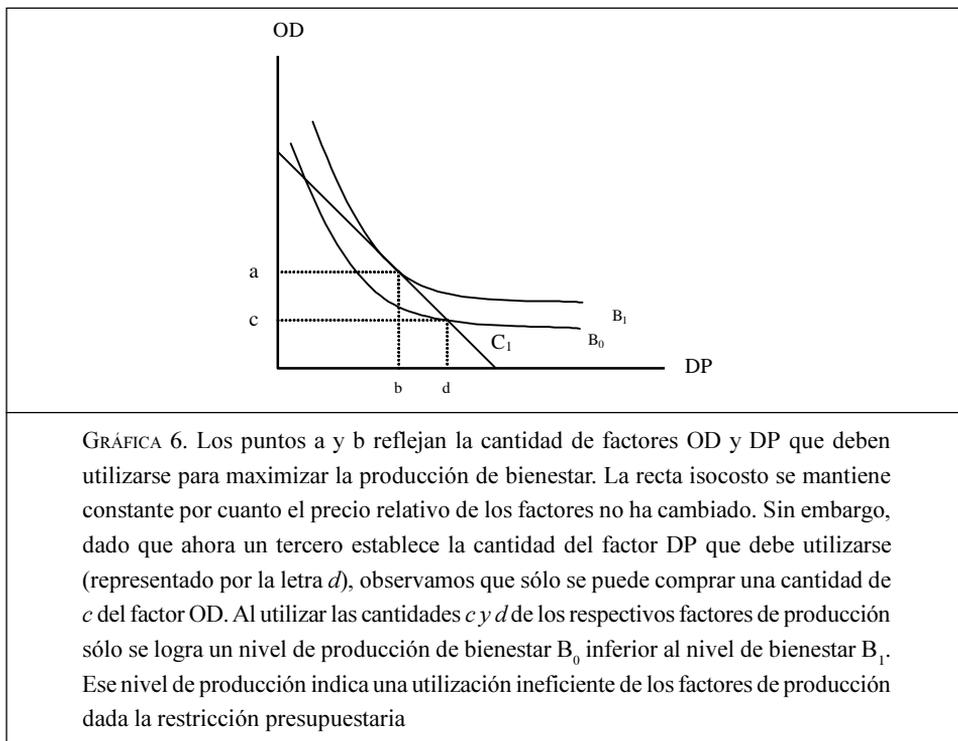
incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; también puede presentarse en el Sistema General de Pensiones, cuando por ejemplo, el juez constitucional ordena reconocer una pensión en régimen de transición sin que el afiliado tenga el derecho a ella, al haberla perdido por un eventual traslado de régimen²⁷.

En estas circunstancias, cuando el juez constitucional otorga derechos no estudiados ni reconocidos por el legislador, en relación con la seguridad social, se resuelve de una manera ineficiente, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, el problema económico que surge; pero ello también trae graves problemas para la justicia. En efecto, un derecho reconocido a través de la justicia constitucional (sin contemplación de la ley), vuelve más ricos a sus beneficiarios en detrimento de determinados grupos de población a los cuales la seguridad social no cubre aún. El problema es que un individuo recibe más de lo que, en principio, tiene derecho, mejorando su utilidad individual, y los demás individuos, teniendo derecho a algo, al menos en teoría, no reciben nada²⁸.

Este problema también lo podemos ilustrar desde la teoría del productor que planteamos en el numeral 1. Dada una restricción presupuestaria, el bienestar se maximiza en el punto donde la isocosto y la isocuantas encuentran tangencia. Sin embargo, las unidades del factor DP ya no dependen de la asignación que haga el Estado como “productor” de bienestar sino de un tercero: el juez constitucional. El tercero determina que un determinado nivel de DP debe aumentar en tantas unidades; sin embargo la restricción presupuestaria no cambia. Dada la fijación del factor DP en un nivel diferente del eficiente, afectamos el nivel de producción a la baja. La razón se halla en que, como los precios relativos de los factores no han variado, “comprar” tantas unidades más de DP implica dejar de comprar otras tantas unidades de OD. Como consecuencia, sólo obtendremos el nivel de producción que se pueda alcanzar mezclando la nueva cantidad (ineficiente) de factores de producción, sin llegar al nivel óptimo. La siguiente gráfica nos muestra el resultado:

27 Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-084/06 ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público redimir un bono pensional a favor de un afiliado que, bajo las normas vigentes, no tenía derecho a la redención del mismo.

28 El criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS nos señala que una situación es eficiente respecto de otra, si los que salen beneficiados, lo hacen de tal forma que ganan más de lo que pierden los que pierden, pudiendo compensarlos *potencialmente* y aún así obtener alguna ganancia. La pregunta que resulta es la siguiente: ¿el crecimiento en la función de utilidad de los beneficiarios de la adjudicación de un derecho compensa la pérdida de la utilidad esperada del sector que no recibe los derechos mínimos otorgados por la seguridad social? Intuitivamente la respuesta es no y la razón es simple: como la utilidad presenta rendimientos decrecientes, las personas que tienen 0 unidades de bienestar, incrementan su función de utilidad en mucha mayor proporción cuando reciben la primera unidad de bienestar en relación con aquellas que poseen ya un determinado nivel de bienestar.



Es claro entonces que un entendimiento amplio de la norma y la justificación de romper judicialmente la reserva de ley para otorgar derechos no reconocidos y sin provisión presupuestaria conduce a un estadio inferior de bienestar. Lo anterior tiene su dualidad en el hecho de que gastar más recursos de manera ineficiente tampoco permitirá cumplir el fin que la norma persigue.

Una política más creíble, más sana para el Estado y los contribuyentes, en países con baja cobertura es otorgar unos derechos mínimos de seguridad social a toda la población hasta lograr la cobertura universal. Cuando dicha cobertura se logre, podría pensarse en ampliar el grado existente de cobertura por nivel del servicio.

3. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, el gobierno señaló:

“[...] e introduce dos nuevos criterios, el de equidad y el de sostenibilidad financiera del sistema, los cuales (*sic*) es necesario incluir por cuanto se dispone de recursos limitados

que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren su suficiencia con el fin de que realmente se de la efectividad del derecho”.

Así el principio de sostenibilidad financiera guarda coherencia con la orden constitucional de cobertura progresiva del sistema de seguridad social. El reconocimiento de la escasez en los recursos públicos, la necesidad de que ellos atiendan las necesidades de la población, y la urgencia de crear economías de escala (suficiencia) para lograr que se de la eficacia de los derechos, fueron las razones que tuvo el gobierno para presentar el proyecto.

3.1. Sostenibilidad financiera y eficacia

El problema de convertir principios en derechos reales es que ello cuesta. La eficacia de los derechos sociales, como los de la seguridad social, es claro, está sujeta a la restricción presupuestaria del Estado. Como los recursos económicos del Estado son escasos, se impone la necesidad de buscar la fórmula donde ellos maximicen el bienestar de la población. Luego en teoría, la sola mención de la “sostenibilidad financiera” debería jugar a favor del sistema. Sin embargo, dicho concepto no es objetivo y depende de múltiples variables, lo que hace difícil optar por una definición integral.

Como no encontramos un concepto de sostenibilidad financiera en el acto legislativo, traeremos para nuestra ilustración el modelo propuesto por JIMENO para que nos otorgue algunas luces sobre el punto en cuestión²⁹. La fórmula [2] implica que la sumatoria de los aportes en el tiempo t más los rendimientos de las reservas menos la sumatoria del pago de las pensiones es igual a las reservas para el siguiente período.

$$\tau_t * W_t * N_t + R_t (1 + i_t) - B_t * P_t = R_{t+1} \quad [2]$$

Donde τ_t representa la tasa de cotización del período t, W el ingreso base de cotización media y N el número de cotizantes, R son las reservas actuales, $(1+i)$ es la tasa de interés que devengan las reservas actuales, B es la pensión media, P es el número de pensionados y R_{t+1} son las reservas al finalizar el período t.

29 Véase: JIMENO, JUAN FRANCISCO, “Sostenibilidad financiera del modelo de reparto en la seguridad social”, en: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Los retos de la seguridad social. Santander, del 12 al 16 de julio de 2004*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

Este modelo, como se observa, implica un sistema de capitalización colectiva con cobertura de capitales, que es la base del régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones; y también de los regímenes actuales del magisterio y de las fuerzas militares, al menos en teoría³⁰.

Ahora bien, si se entiende “sostenibilidad financiera” como creación de reservas suficientes para pagar las pensiones actuales y futuras, el problema financiero se supedita a lograr hacer crecer el término R_{t+1} , dada una tasa de interés y un nivel de cotización. Ello implicaría un esfuerzo de los cotizantes de la actual generación, dejando a un lado criterios de solidaridad intergeneracional. En primer lugar, la generación actual estaría pagando la deuda pasada y la actual; por el otro, la siguiente generación no sería solidaria con la actual³¹. La crisis del principio de solidaridad, en este marco, es evidente.

Supongamos ahora que no existen reservas para financiar la seguridad social ($R=0$), además supongamos que tampoco existen los dineros de los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual. Esta última suposición adquiere mayor relevancia en el caso colombiano; en especial, porque sobre los fondos de pensiones se crearon derechos de propiedad a favor de los afiliados, luego técnicamente no son dineros de los que pueda disponer la seguridad social para financiar pensiones diferentes a la del afiliado³². Siguiendo estrictamente a JIMENO, bajo estos supuestos, la ecuación que se presenta es:

$$\text{Saldo financiero} = \tau_t * W_t * N_t - B_t * P_t \quad [3]$$

30 Si bien es cierto, ninguno de ellos actualmente tiene reservas financieras, las cotizaciones se adecuan a un cálculo actuarial que garantiza la prestación definida por la ley.

31 De acuerdo con el Instituto de Seguros Sociales, la solidaridad intergeneracional, medida por la razón cotizantes-pensionados pasará de 12.9 c/p, en 1993, a 1.8 c/p en 2014. Véase: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *Colombia: sobrepasando las expectativas. Crecimiento, pensiones y déficit fiscal*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.

32 El medio punto porcentual que según la Ley 797 deben aportar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual – RAIS al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se constituye en el único elemento de solidaridad de “ida” en dicho régimen. Antes de la Ley 797, los afiliados del RAIS sólo recibían solidaridad, en tanto en cuanto existía la garantía estatal de pensión mínima – GPM, (solidaridad de “venida”). No obstante, el artículo que creaba el Fondo de GPM en el RAIS, fue declarado inconstitucional mediante sentencia C-797/04. A pesar de ello, y por un tecnicismo jurídico, la Sala de Consulta y Servicio Civil dio a entender que los recursos debían seguirse recolectando. Así las cosas, se está recogiendo una suma de dinero a nombre de un fondo que legalmente no existe.

La ecuación [3] nos señala que un sistema pensional de reparto es sostenible si el saldo financiero es igual a cero. Lo que a su vez nos lleva al planteamiento central reflejado en la siguiente ecuación³³:

$$\text{Saldo financiero}(\%) = 1 - \frac{B}{\tau W} * \frac{P}{N} \quad [4]$$

Como lo señala JIMENO, esta ecuación nos indica si un sistema es o no sostenible. Así, manteniendo una tasa de sustitución dada, si el saldo financiero (en porcentaje de los ingresos) es mayor que cero, el sistema es sostenible, si es negativo tendremos un déficit, pero éste no implica *per se* que el sistema sea insostenible.

Este déficit lo podemos solucionar de dos maneras:

1. Mediante la constitución de reservas, y/o,
2. A partir de otros ingresos del Estado.

La constitución de reservas implica un esfuerzo mayor por parte de los cotizantes en general; mientras que la financiación, a través de otros recursos del Estado, implica que es la sociedad en su conjunto la que responderá por el déficit que se genere.

Nótese que para determinar el déficit es necesario, por un lado, otorgar una clara definición legal sobre la tasa de cotización, el salario base y la prestación; y por el otro, definir de los requisitos para acceder a la pensión³⁴. La eficiencia requiere certeza en la asignación de los derechos para lograr una mejor determinación acerca de la sostenibilidad del sistema.

33 Esta fórmula nos permite observar dos *ratios* muy importantes. Por un lado la *ratio* entre la pensión media y la cotización media, relacionada con la tasa de sustitución de las pensiones y la *ratio* entre el número de pensionados y el número de cotizantes, relacionada con la tasa de dependencia. La primera *ratio* nos otorga tres herramientas para lograr la suficiencia: la base del salario, la tasa de cotización y la prestación del sistema. La segunda *ratio* impone varias clases de herramientas: En relación con el número de pensionados se puede incrementar la edad de jubilación, prohibir la compatibilidad de pensiones, aumentar el período de cotizaciones. También es claro que esta *ratio* depende de los cambios demográficos y, por último, de la tasa de empleo o de la incorporación de nuevos cotizantes (como en nuestro caso fue la incorporación obligatoria de los trabajadores independientes). Para mayor profundización en este tema véase JIMENO, ob. cit., pág. 221 y sigs.

34 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una alta tasa de cotización tiene repercusiones negativas en la tasa de empleo; también incentiva la elusión o la evasión de aportes en los trabajadores independientes.

3.2. Sostenibilidad financiera y autosostenibilidad

La primera pregunta que surge, entonces, es ¿cuándo un sistema es sostenible? La respuesta no es una sola³⁵. Podríamos señalar que un sistema es viable cuando es autosostenible; lo que sugiere que con los aportes de los contribuyentes obligatorios se pueden pagar al menos las pensiones de los actuales pensionados. La respuesta así presentada nos permite intuir que la constitución de reservas implica una mayor probabilidad de autosostenibilidad del programa en el mediano y largo plazo. Pero también podemos afirmar, en general, que un sistema es sostenible, en el corto plazo, cuando los aportes de los afiliados más los ingresos percibidos del Estado que se destinen al sistema son iguales o superiores al gasto actual en pensiones. Afuera otros supuestos, un sistema pensional es sostenible cuando los aportes de los contribuyentes más los que realiza el Estado permiten pagar las pensiones actuales y acumular reservas para el pago de las mesadas futuras y de las pensiones en causación.

Siguiendo el razonamiento, un sistema es insostenible cuando el aporte del Estado es inferior al que se necesitaría para cubrir el déficit que se haya creado. Entonces la sostenibilidad financiera guarda estrecha relación con el nivel de gasto que puede asumir el Estado de acuerdo con su restricción presupuestaria. El problema se encuentra en determinar cuál debe ser el nivel de gasto que el Estado debe asumir³⁶.

La Constitución Política no señala un límite al gasto social. Ello implica un amplio poder de disposición por el Congreso de la República para determinar cuál es el nivel de gasto apropiado. Si el Congreso determina que el gasto apropiado a dedicar al sistema es igual al saldo financiero, por definición el sistema es sostenible. Como observamos, es la decisión política la que otorga o no la viabilidad financiera.

Antes señalábamos que se podían identificar dos clases de sostenibilidad: autosostenibilidad y sostenibilidad. Pues bien, la norma constitucional no ordena la autosostenibilidad sino la sostenibilidad. Ello implica no sólo la potestad de modificar los factores que inciden en la pensión sino la potestad de financiar el déficit del sistema con ingresos públicos diferentes, desde luego, a las cotizaciones: el Congreso de la República tiene diferentes herramientas para dar viabilidad financiera al sistema.

35 Al respecto sostiene RESTREPO SALAZAR, ob. cit., pág. 98 “No existe propiamente una definición de cuál es el umbral a partir del cual una deuda pensional es sostenible y a partir de cuál otro no lo es”.

36 Lo que también implicaría el nivel de deuda que el Estado puede asumir. La prelación a la disminución del déficit fiscal ha llevado a plantear también el problema de la sostenibilidad de la deuda que depende del signo y magnitud de la diferencia entre la tasa de interés real y la tasa de crecimiento real de la economía y de la magnitud del déficit primario. Véase: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *El manejo de la deuda pública: hacia la sostenibilidad*, Alfaomega, Bogotá, 2002. Sin embargo, mantendremos el análisis simple y, por tanto, dejaremos a un lado la deuda pública.

Vamos a mantener constante el lado derecho de la ecuación [4]. Así la decisión del Congreso es simplemente determinar si financia o no el déficit financiero. Supongamos que el déficit actual es del 3% del PIB, que se cubre con el presupuesto general, y que la propuesta es ampliar al 3.5% del PIB, el horizonte es de 50 años. Así, si el Estado asume adicionalmente el 0,5% del PIB la reforma al sistema es sostenible financieramente. El técnico señalará entonces que la reforma es sostenible si el valor presente esperado de los gastos pensionales es igual al valor presente esperado de los ingresos destinados a tal fin. El problema se limita a despejar las variables necesarias para determinar el valor presente esperado de los ingresos, que son muchas. No se trata sólo de predecir a 50 años la tasa de interés real promedio, el crecimiento económico probable, la tasa de empleo y demás variables macroeconómicas. También se trata de reordenar la prelación en el gasto, lo cual depende de variables exógenas al proceso económico, pero endógenas al proceso político.

Incluso las razones que los técnicos esgrimen para darle rigidez al sistema pensional, como la del envejecimiento relativo de la población, pueden ser utilizadas para justificar políticamente un incremento en el gasto para atención a la tercera edad. MILLÁN PEREIRA³⁷ señala, por ejemplo, que el argumento del envejecimiento de la población implica que, en el mediano y largo plazo, se liberan recursos actualmente destinados a la atención de la niñez, de las madres, etc.; por tanto, estos recursos pueden ser utilizados para financiar la seguridad social de los ancianos. Como se desprende, si el concepto de sostenibilidad financiera depende del gasto del Estado, la subjetividad del principio es bastante amplia como para que represente un freno real al gasto público social.

Tomemos ahora en cuenta el lado derecho de la ecuación [4]. Si el Congreso de la República no sólo decide sobre el déficit, sino que además tiene amplio margen, como lo tiene, para determinar los factores sobre los cuales se asientan las pensiones, su decisión de financiar el déficit se torna más enredada y aún más subjetiva. No es fácil que todos los técnicos se pongan de acuerdo en la predicción de las variables económicas para determinar las cotizaciones, edades de espera, semanas de cotización, esperanza de vida, etc. Determinar entonces si un sistema es viable o no es una decisión compleja que implica utilizar cifras proyectadas con su correspondiente margen de error³⁸.

37 Cfr. MILLÁN PEREIRA, J.L., "La 'crisis financiera' de las pensiones públicas: la rebelión de los argumentos", en: TORRES LÓPEZ, JUAN, coord., *Pensiones públicas ¿y mañana qué?*, Ariel, Madrid, 1996.

38 Por ejemplo, en Colombia la percepción del gobierno, de acuerdo con el análisis y los supuestos que utiliza el Departamento Nacional de Planeación, es que el sistema no es insolvente sino que presenta problemas de iliquidez; posición que contrasta abiertamente con los anuncios oficiales de quiebra de la seguridad social. Cfr. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *Colombia: sobrepasando las expectativas...*, pág. 17.

Lo anterior implica que es el juego político el que determina si existe o no viabilidad financiera; lo que hace que el postulado constitucional de sostenibilidad no sea sino otro más de los retóricos, que no conducen *per se* a una ordenación real del gasto público. Con todo, la garantía de sostenibilidad financiera otorgada por la Constitución normativamente implica, al menos, realizar un análisis sobre la capacidad estatal para asumir gastos en materia de seguridad social.

4. PROGRESIVIDAD EN LA COBERTURA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA: HACIA UNA DEFINICIÓN DEL SISTEMA

Como se anotó en el apartado anterior, el principio de sostenibilidad financiera es demasiado subjetivo debido a la falta de una previsión constitucional exacta, que de por sí, es bastante difícil de definir. Sin embargo, aunque no hay más elementos de juicio que los que se presentan en este trabajo, puede que la solicitud del gobierno, de incluir el principio de sostenibilidad financiera, vaya dirigida, no a la tarea del Congreso en sí misma, sino a la tarea que viene ejecutando, en mayor nivel de actividad, la Corte Constitucional y los que administran justicia constitucional³⁹.

Si observamos el desarrollo legislativo en el Congreso de la República durante los últimos diez años, por lo menos a nivel pensional, su trabajo ha sido restrictivo de derechos: dos veces, mediante las leyes 797 y 860, intentó endurecer el régimen de transición; ambos intentos fueron conjurados por la Corte Constitucional⁴⁰. La Ley 797, además modificó la fórmula de cálculo para las pensiones de vejez reduciendo la tasa de remplazo; también impuso nuevos requisitos, aún no justificados desde el punto de vista financiero y económico, a las pensiones de invalidez y de sobrevivientes⁴¹. Ante la declaratoria de inconstitucionalidad de algunos apartes de

39 Señala el gobierno en la exposición de motivos: “Ahora bien, como se señaló la Constitución estableció que al Congreso correspondía regular el régimen pensional. Sin embargo, recientemente la H. Corte Constitucional consideró, según se desprende del texto del comunicado de prensa, que existía un derecho al régimen de transición, por lo cual no podía ser modificado por el Congreso. Dicha decisión afecta entonces la posibilidad de que el Congreso adopte reformas para asegurar la sostenibilidad financiera del régimen pensional, por lo cual también es necesario precisar en la Constitución el alcance de la competencia del legislador en esta materia.

40 *Cfr.* sentencias C-1056/03 y C-754/04.

41 Si bien es cierto la Ley 797 otorgó dos pensiones especiales, en el agregado no parecen ser pensiones fuertemente subsidiadas o que impliquen un gasto público importante. Para las personas que padezcan deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, se exige una edad de 55 años y 1000 semanas de cotización para otorgarles la pensión, y para las madres trabajadoras se exige el requisito de semanas exigido por el régimen de prima media para acceder a la pensión, que es diferente a las mil semanas, aunque bien es cierto que no se exige edad, las semanas de cotización exigidas puede llegar a las 1300.

la Ley 797⁴², por medio de la Ley 860 se impusieron mayores requisitos para el acceso a la pensión de invalidez.

Consagrar de forma abstracta el principio de sostenibilidad financiera se puede ver, entonces, como una señal que es enviada por dos ramas del poder público a la tercera de ellas para que tenga en cuenta, al momento de definir derechos no creados por la ley, que existe una restricción presupuestaria y que los recursos públicos son escasos y limitados.

De igual manera, al conjugarse el principio de sostenibilidad financiera con el de cobertura, el mensaje enviado es que, en efecto, el derecho a la seguridad social es irrenunciable, pero la cobertura, dada la escasez de recursos, sólo puede darse en forma gradual asegurando la sostenibilidad del sistema a largo plazo.

Si entendiéramos en una forma más sistematizada los principios que, de acuerdo con el artículo 48 constitucional, rigen la seguridad social, podríamos concluir que la eficiencia es condición necesaria, dada la limitación de los recursos, para lograr la cobertura universal. La cobertura en el grado del servicio es una meta secundaria. De hecho el principio de integralidad, que desarrolla la cobertura por grado de servicio, es de raigambre legal y sólo cubre las contingencias amparadas por la norma de seguridad social. Cuando la justicia otorga un grado de cobertura en el servicio, no contemplado en la ley, además de devastar recursos del sistema, atenta contra la equidad del mismo. La justicia a favor de un individuo o grupo se torna en injusticia para el grupo no cubierto por la seguridad social pese a ser un “derecho irrenunciable”.

Así las cosas, estos principios constitucionales nos llevan a tener en cuenta la restricción presupuestaria con el fin de determinar lo que en forma más realista se puede hacer en un momento dado, sin que ello implique renunciar al objetivo principal de que la seguridad social, en el largo plazo, cobije a todos los habitantes del territorio nacional.

4.1. Progresividad, sostenibilidad, derechos adquiridos y meras expectativas

El legislador tiene amplia facultad de configurar el sistema pensional. Ello implica hacer, en determinadas ocasiones, más gravosas las condiciones de acceso a las prestaciones de la seguridad social. Las razones para obrar de esta forma son variadas pero tienen en común que no imponer condiciones más exigentes comporta

42 Cfr. Sentencia C-1056/03.

un mayor gasto en el presente y en el futuro. Así, una mayor longevidad de las personas, es decir, una mayor expectativa de vida al cumplir la edad de pensión, implica un mayor esfuerzo financiero para el sostenimiento de la misma; una menor cantidad de cotizantes implica una mayor carga en los aportes o en el tiempo de cotizaciones para soportar las pensiones actuales; incluso la deuda anterior no saldada produce necesidades de financiación que llevan a exigir mayores requisitos para acceder a las prestaciones de la seguridad social⁴³.

Como arriba hemos señalado, la Corte Constitucional exige un nivel bastante alto de estudio y elaboración de las normas “regresivas”. En la sentencia C-038/04 señaló:

“Ahora bien, como los estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”.

No obstante lo anterior, existen poderosas razones de equidad que llevan, en materia social, a proteger a los que tienen el derecho adquirido a una prestación económica, cuando quiera que se presenten desbalances en las cuentas de la seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia C-247/01 afirmó:

“La pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de la pensión no es una dádiva de la nación ni del empleador; sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador”.

Mostrando otras facetas de la equidad CÁRDENAS⁴⁴ señala:

43 Esto por no hablar de otras razones como las financieras propiamente dichas. La caída de las tasas de interés, la apreciación o depreciación de la moneda pueden traer graves consecuencias para todos los fondos de pensiones, incluidos los que se administran en el régimen de prima media.

44 CÁRDENAS, M.E., “Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía”; citado por RODRÍGUEZ, O., en “Avatares de la reforma del sistema de seguridad social”, en: SALAMA, PIERRE *et al.*, *Sistemas de protección social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*, 1ª ed., colección Estudios sobre protección social, t. 1, Universidad Nacional de Colombia – Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá, 2005, pág. 205.

“Tampoco la razón de ser de la pensión es el ahorro, este es uno de sus elementos. El derecho a la pensión es el reconocimiento de una vida al servicio de la conformación de una sociedad y una nación, es el respeto a la ancianidad o a la invalidez que impiden laborar, es la erosión del estado físico psíquico de las personas, que obliga al retiro y al derecho al descanso y es el derecho que toda persona tiene a una digna finalización de su vida”.

Pero también se pueden encontrar algunas razones de eficiencia que soportan la protección a los derechos adquiridos. En primer lugar si el Estado no cumpliera con el deber de pensionar a los que cumplieron los requisitos, se presentarían en mayor grado problemas de evasión y elusión a los aportes de la seguridad social; en segundo lugar, se crearía un desincentivo al trabajo formal; y en tercer lugar, entre otras, se incrementaría el riesgo de *indigencia* que implica erogaciones del tesoro con cargo a impuestos generales y un problema de inseguridad ciudadana.

Por estas razones, y otras no discutidas en este trabajo, cuando se necesita realizar ajustes en materia pensional, los que se encuentran en la edad de trabajo son los que sufren las consecuencias del ajuste presupuestario. Nuestro ordenamiento constitucional es especialmente celoso en proteger los derechos adquiridos de la población trabajadora; ello implica limitaciones en la potestad de configurar el sistema pensional; pero más al fondo, implica la casi virtual imposibilidad de variar estos derechos cuando quiera que la restricción presupuestaria del Estado se desplace, por una variación negativa de los ingresos públicos.

Como parte de la fuerza laboral, la población cubierta por regímenes de transición puede sufrir los avatares de la adecuación de la restricción presupuestaria a la curva que garantice el mayor bienestar. Aun cuando pudiera pensarse que si una norma otorga un derecho al régimen de transición, es porque tanto el órgano legislativo como el ejecutivo aseguraron en el respectivo trámite la provisión presupuestal esperada necesaria para financiar las prestaciones económicas de la población protegida; lo cierto es que en muchas ocasiones se otorgan derechos en régimen de transición no soportados financieramente⁴⁵. El régimen de transición, original, de la Ley 100 es un ejemplo de ello.

El artículo 36 de la Ley 100 protegió a todas las personas que les faltaran veinte años o menos para llegar a las edades mínimas de pensión en el Instituto de Seguros Sociales (55 años si se trataba de mujeres o 60 años si se trataba de hombres). La crítica en su momento denunció la generosidad de dicho régimen. A modo de ejemplo,

45 Soluciones extremas, como la que tomó el gobierno al tramitar el acto legislativo 01/05, pueden encontrarse a la orden del día.

una mujer que tuviera 35 años a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones podía pensionarse cumpliendo con un requisito de 500 semanas de cotización; mientras que la norma ordinaria exigía 1000 semanas de cotización para las pensiones mínimas. Si suponemos que las cotizaciones exigidas por la Ley 100 correspondían a un cálculo actuarial serio, tenemos que a esta mujer del ejemplo, se le están subsidiando aportes capitalizados correspondientes a, mínimo, 500 semanas de cotización.

El gobierno comprendió que el régimen de transición era costoso y no se encontraba financiado⁴⁶. Por tanto, emprendió sendas reformas al régimen de transición mediante Leyes 797 y 860 con el fin de corregir los desequilibrios financieros. Ambas normas, en lo pertinente fueron declaradas inexecutable. Finalmente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 el gobierno logró modificar el régimen de transición⁴⁷. Algunas lecciones quedaron.

En primer lugar, el costo de mantener un régimen de transición debe ser calculado antes de implementar la reforma. Tanto el gobierno como el Congreso de la República fueron muy generosos con el régimen de transición: no se consultó en el momento oportuno su sostenibilidad financiera a largo plazo y se generó un déficit público. En segundo lugar, los regímenes de transición deben cubrir exclusivamente a aquella parte de la población que se encuentra *ad portas* de adquirir el derecho. Un régimen de transición demasiado largo implica no tener en cuenta las variables económicas y sociales relevantes para cada grupo de población de acuerdo con la edad y su evolución en el futuro. Por ejemplo, existe alguna posibilidad de que en los próximos 20 años la esperanza de vida haya aumentado por encima de lo esperado y, por tanto, los actuales cálculos actuariales no respondan al verdadero pasivo pensional creado. En tercer lugar, tanto el Congreso de la República como el gobierno nacional deben asumir que una vez que se reconoce o crea un derecho mediante una ley, dicho derecho debe ser respetado por las autoridades públicas, cuando se consolide en manos de los particulares. En últimas, el rifirrafe entre el gobierno y la Corte Constitucional por el régimen de transición de la Ley 100, obedeció a que el artículo 36 de dicha ley creó un derecho que el gobierno quiso desconocer. Podría aducirse

46 Como lo anotó el gobierno en la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo 127/04: "Fue por estas razones que se propuso por parte del gobierno reformar el sistema pensional y el Congreso aprobó las leyes 797 y 860 de 2003, con lo cual el déficit fiscal disminuyó a 170.2% del PIB. Sin embargo, al ser declarada inconstitucional la modificación al régimen de transición, el déficit pensional volvió a ascender a 187% del PIB". La exposición de motivos se encuentra transcrita en: CARRILLO GUARIN, JULIO CÉSAR, *Reforma constitucional al sistema de pensiones. Evaluación y análisis. Acto legislativo 1 del 2005*, Legis, Bogotá, 2005, págs. 99-127.

47 Sin embargo, el efecto económico y financiero de la reforma pensional, en lo que se refiere al régimen de transición, fue casi nulo. Véase: CASTILLO CADENA, FERNANDO, en: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, ob. cit., págs. 124-125.

que el gobierno, al imponer su solución mediante acto legislativo, le ganó la partida a la Corte Constitucional. Sin embargo, los costos que se asumieron son altos y están representados por el costo de oportunidad de tramitar tres reformas ante el Congreso de la República y por los costos propios de la incertidumbre legal creada.

En suma, el acceso a un régimen de transición debe configurarse como un derecho, reuniendo los requisitos de claridad y certeza que arriba explicamos, pero su duración en el tiempo debe ser bastante limitada. Tanto el Congreso de la República como el gobierno deben determinar la sostenibilidad financiera del programa de transición.

4.2. Progresividad, sostenibilidad y creación judicial de derechos

Como ya hemos tratado el problema de la creación de derechos por parte del juez constitucional, en este apartado nos limitaremos a plantear dos posibles razones por las cuales se presenta la creación judicial de derechos, diferentes a las de justicia, igualdad y equidad que por lo general se aducen.

4.2.1. La teoría del seguro y las pensiones de invalidez y sobrevivientes

Las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en lo técnico, han venido siendo tratadas como seguro. Ello implica que los requisitos exigidos para acceder a ellas, tales como tiempos de espera, cotizaciones mínimas, fidelidad al sistema hagan parte de los supuestos para determinar su valor actuarial. La Corte Constitucional en la ya tratinada sentencia C-038/04, trayendo a colación la sentencia C-781/03, aceptando la posibilidad de exigir requisitos más estrictos para el otorgamiento de derechos sociales, señaló:

“En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, “sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues, se repite, la ley rige hacia el futuro y nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones”. Y es que si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida”.

Sin embargo, en algunos casos, a la hora de definir prestaciones económicas la Corte Constitucional ha desconocido la normatividad vigente, en materia de requisitos para otorgar las prestaciones económicas. La impresión, es que la Corte

Constitucional no encara el problema jurídico, que se presenta en la definición de los derechos a la pensión de invalidez y sobrevivientes, bajo la teoría del seguro. La Corte, en algunas ocasiones, deja de lado los requisitos legales para acceder a las prestaciones, en procura de reconocer derechos, sin tener en cuenta que dichos requisitos son supuestos que determinan el valor resultante del cálculo actuarial que está llamado a financiar la pensión. Cuando la Corte utiliza requisitos anteriores para el otorgamiento de las prestaciones económicas, lo que hace es desconocer que los supuestos básicos de financiación de la pensión han variado y que, en el momento actual, dado el cambio en las variables económicas y sociales, los requisitos son más estrictos porque así se requiere para mantener el capital necesario para la financiación de la respectiva prestación. Otorgar prestaciones económicas con base en requisitos anteriores y diferentes a los actualmente exigidos, implica desviar recursos que no han sido destinados a la financiación de dicha prestación en detrimento del sistema y de su sostenibilidad financiera; en otras palabras, equivale a otorgar subsidios económicos no previstos en la ley.

4.2.2. La falta de técnica legislativa y el principio de favorabilidad

Otra razón que explica la creación judicial de derechos es la falta de técnica legislativa del Congreso de la República, y del gobierno, al momento de elaborar las leyes. Cuando el gobierno sanciona una ley que asigna derechos en forma poco clara, deja la puerta abierta para la aplicación del principio de favorabilidad en sede judicial. El artículo 53 de la Constitución Política prevé que se aplique la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Desde nuestro punto de vista, el principio de favorabilidad, que conlleva una interpretación más benigna a lo intereses al trabajador, implica consecuentemente una erogación no prevista a cargo del Estado; por tanto, constituye una especie de sanción al Estado por no aplicar los requisitos de claridad y certeza en la definición de los derechos.

Cuantificar el costo del error legislativo en la asignación de los derechos por falta de claridad es bastante engorroso. Cada caso llevado ante los tribunales de justicia, en los cuales se solicita la aplicación del principio constitucional de favorabilidad, es un costo del error legislativo. Por un lado, el Estado tiene que defenderse para no ser condenado; a su vez, el particular, suponiendo su racionalidad, incurre en los costos del proceso, dado que, el valor esperado de su ganancia (la prestación económica) es mayor que el costo esperado del proceso.

Es claro que en estos casos es deber del juez crear el derecho cuando existe duda en la aplicación e interpretación en la fuente de derecho. Como corolario: sería apenas lógico que el gobierno determinara el valor esperado de su error y

mantuviera los fondos necesarios para asumirlo. Lo anterior implica que en su restricción presupuestaria debe internalizar los costos del error.

CONCLUSIONES

- v La orden de progresividad en la cobertura, señalada en la Constitución Política, no es otra cosa que el reconocimiento de la incapacidad del Estado, aceptada por el constituyente, de otorgar cobertura universal en el corto plazo. Es difícil negar que el Estado se sujeta a una restricción presupuestaria; por tanto debe, en la medida de lo posible, racionalizar los derechos de la seguridad social, de modo tal que se logre la eficacia de los derechos pensionales para toda la población y no sólo para unos cuantos.
- v La Constitución Política privilegia la cobertura universal en relación con la cobertura por nivel del servicio. La acción estatal, incluida la judicial, debiera estar dirigida a lograr y garantizar la cobertura universal de la seguridad social, mediante un derecho de mínimos. A partir del momento en que se logre dicha cobertura se podría pensar en ampliar los servicios, o mejor, desarrollar cabalmente el principio de integralidad.
- v La creación judicial de derechos, especialmente a través de la justicia constitucional, implica devastar ineficientemente recursos de la seguridad social. Cuando se otorgan derechos no reconocidos en la ley se afecta la viabilidad financiera del sistema. Lo anterior es más visible cuando se otorga judicialmente cobertura en el nivel de servicio, sin que la ley la haya autorizado. Aunque la función de utilidad del beneficiario de la ampliación de cobertura puede incrementarse; este incremento no compensa el aumento de la utilidad para un afiliado que con esos recursos hubiera podido acceder a la primera unidad de seguridad social. La razón se halla en los rendimientos decrecientes de la función de utilidad.
- v El principio de sostenibilidad financiera no es objetivo; depende de la decisión política. Sin embargo, a título normativo dicho principio permite, al menos, un cuestionamiento acerca de la viabilidad de financiar nuevas prestaciones (o mantener las antiguas prestaciones) dentro del programa de seguridad social.
- v Dado que las reformas pensionales logradas durante los últimos diez años por el gobierno y el Congreso de la República, han sido restrictivas de derechos pensionales, la consagración del principio de sostenibilidad financiera puede verse como un mensaje enviado por los poderes ejecutivo y legislativo al judicial, para

intentar detener el reconocimiento judicial de derechos prestacionales, sin tomar en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales.

- v En algunas ocasiones el reconocimiento judicial de derechos se da porque la justicia utiliza una teoría diferente a la que utilizó el gobierno para la creación o reconocimiento del derecho. Dado que los supuestos, que la norma jurídica establece como requisitos para acceder al derecho, por lo general son incorporados en el cálculo actuarial, el desconocimiento de dichos requisitos trae como consecuencia prestaciones sin soporte financiero.
- v El principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, que permite aplicar la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de la fuente formal de derecho, puede verse como un castigo económico al Estado cuando no asigna claramente los derechos. El mandato constitucional otorga al juez el deber de reconocer el derecho; por tanto, el Estado debe provisionar el valor esperado del error legislativo.
- v Dos requisitos debe cumplir una norma que asigna derechos; por un lado el requisito de claridad en la asignación y, por otro lado, el requisito de certeza del derecho, esto es la posibilidad de reivindicar el derecho sin incurrir en costos de transacción. Algunas normas de la seguridad social que consagran derechos no son claras, en buena parte debido a la excesiva regulación. Lo anterior implica que el Estado tendrá que pagar pensiones por error legislativo o lo que es lo mismo, por falta de claridad en la asignación de derechos.
- v No sólo razones de equidad justifican la existencia de la institución jurídica de los derechos adquiridos. Se puede enumerar algunas razones de eficiencia que la soportan: en primer lugar el respeto a los derechos adquiridos inhibe la deserción del sistema de pensiones. Al contrario, no respetar los derechos adquiridos lleva necesariamente a problemas de elusión y evasión de las contribuciones a la seguridad social. En segundo lugar, el respeto a esta clase de derechos incentiva la formalización del trabajo. Y en último lugar, el respeto a los derechos adquiridos, al inhibir la deserción, también minimiza el riesgo de *indigencia* de la población cubierta.
- v Los regímenes de transición deben consagrarse en forma de derechos, sólo deben cubrir a la población que se encuentra *ad portas* de acceder a la prestación, su sostenibilidad financiera debe determinarse en forma previa a su consagración y su duración debe ser bastante limitada en el tiempo.
- v La Corte Constitucional, en principio, permite un retroceso en el nivel de protección mediante la expedición de normas “regresivas”. Sin embargo, aplica

un control judicial más severo. Las normas que restringen derechos deben aplicarse de preferencia sobre la población en edad de trabajar (afiliados con meras expectativas) Como arriba se afirmó, existen razones de eficiencia para no reducir las prestaciones de la población que tenga el derecho adquirido a una prestación de la seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Alexy, Robert, pr. Legis – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- BELL, FREDERICK W. (1986), “*Mitigating the Tragedy of the Commons*”, en: *Southern Economic Journal*, 52, págs. 653–664.
- CABRILLO, FRANCISCO, *Matrimonio, familia y economía*, Minerva, Madrid, 1996.
- CARRILLO GUARÍN, JULIO CÉSAR, *Reforma constitucional al sistema de pensiones. Evaluación y análisis. Acto legislativo 1 del 2005*, Legis, Bogotá, 2005.
- CLAVIJO, SERGIO, *Fallos y fallas de la Corte Constitucional. El caso de Colombia 1991-2000*, Alfaomega, Bogotá, 2001.
- DE ASÍS, RAFAEL, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, t. 1, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.
- GORDON, H. SCOTT (1954), “*The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*”, en: *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, abril, págs. 124-142.
- Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *VI Encuentro de hacienda pública y derecho tributario. Deuda pública pensional*, Bogotá, octubre 20 de 2005.
- MALDONADO, CARLOS EDUARDO, *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Temis – Instituto de Humanidades Universidad de La Sabana, Bogotá, 2000.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *Colombia: sobrepasando las expectativas. Crecimiento, pensiones y déficit fiscal*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *El manejo de la deuda pública: hacia la sostenibilidad*, Alfaomega, Bogotá, 2002.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Los retos de la seguridad social. Santander, del 12 al 16 de julio de 2004*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Ley de seguridad social. Ley 100 de 1993*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.
- MUSGRAVE, RICHARD A y MUSGRAVE, PEGGY B., *Hacienda pública. Teórica y aplicada*, trad. de JUAN FRANCISCO CORONA RAMÓN y otros, 5ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999. *Public finance in theory and practice*.

- PASTOR, SANTOS, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999.
- POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, trad. de EDUARDO L. SUÁREZ, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998. *Economic analysis of Law*.
- PYNDICK, ROBERT S y RUBINFELD, DANIEL L., *Microeconomía*, 4ª ed., 2ª reimp., trad. de ESTHER RABASCO y LUIS TOHARIA, Prentice Hall, Madrid, 2000. *Microeconomics, fourth edition*.
- RAMÍREZ HASSÁN, ANDRÉS (2003), “Pago y sostenibilidad de la deuda pública colombiana: implicaciones de política económica”, *Escritos de Economía EAFIT*, [en línea], disponible en: [<http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/EEFBB257-06B4-4D9C-952A-1D56D252862/0/PapersNo6.pdf>] recuperado: mayo 2006.
- RAWLS, JOHN, *Sobre las libertades*, 1ª ed., 1ª reimp., Paidós - ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1996. *The basic liberties and their priority*.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, trad. de MARÍA DOLORES GONZÁLEZ, 2ª ed., 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002. *A Theory of justice*.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Introducción al derecho administrativo económico*, Ratio Legis, Salamanca, 1999.
- SALAMA, PIERRE *et al.*, *Sistemas de protección social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*, 1ª ed., colección Estudios sobre protección social, t. 1, Universidad Nacional de Colombia – Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá, 2005.
- TORRES LÓPEZ, JUAN, coord., *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Ariel, Barcelona, 1996.
- VENTURI, AUGUSTO, *Los fundamentos científicos de la seguridad social*, trad. de GREGORIO TUDELA CAMBRONERO, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994. *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*.
- World Bank, “*The Colombian pension system: Assessment and recommendations for improvements*”, Washington: The World Bank, 2006, [en línea], disponible en <http://www.worldbank.org>

Relación de sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

Sentencia T-406 de 1992.

Sentencia C-408 de 1994.

Sentencia C-251 de 1997.

Sentencia SU- 225 de 1998.

Sentencia C-247 de 2001.

Sentencia C-1056 de 2003.

Sentencia C-38 de 2004.

Sentencia C-754 de 2004.

Sentencia C-797 de 2004.

Sentencia T-084 de 2006.

Sentencia T-221 de 2006.

Sentencia del 3 de abril de 1995 del Consejo de Estado, expedientes 5708, 5833 y 5937.

