

## EL DEBATE SOBRE LAS PENSIONES\*

*Luis Javier Moreno Ortiz\*\**

En materia pensional las buenas noticias pueden ser la causa de problemas. Es evidente que la gente en Colombia vive cada vez más, o se muere menos pronto, al punto de que hoy llegar a ser viejo no es un acto de optimismo sino de realismo, dadas las altas probabilidades de lograrlo.

El crecimiento demográfico, unido a mayores expectativas de vida, convierte a las pensiones en uno de los asuntos más importantes para los individuos y las sociedades. En un contexto social en el cual la familia ya no es capaz de brindar, por falta de recursos o de generosidad, el apoyo necesario a sus miembros mayores, que se ven abandonados a su suerte, el pensar en cómo sustentar la vejez debe ser una prioridad.

No obstante, las personas jóvenes no piensan ni quieren pensar en que algún día serán viejos -la juventud suele tener la insolencia de sentirse eterna e inacabable-. Y cuando llega la vejez, sin no ha habido la previsión suficiente, el resultado puede ser trágico. Pocas cosas son

---

\* Conferencia pronunciada dentro del conversatorio “Sistema de seguridad social en pensiones, ¿avance o retroceso?”, realizado el jueves 10 de noviembre 2011 en el Auditorio Principal de la Universidad Sergio Arboleda. Título asignado por el editor. Se advierte que, por razón de la corrección de estilo, se han suprimido ciertas palabras empleadas oralmente por el conferencista.

\*\* Abogado y Licenciado en Filosofía y Humanidades de la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda y candidato a Doctor por la misma Universidad. Profesor universitario e investigador. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Director del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda.

más tristes que una persona anciana, que no es capaz de atender sus necesidades elementales, a quien todos, incluso sus propios parientes, dan la espalda.

Las pensiones deben ser una preocupación y una ocupación a largo plazo. Y esto exige capacidades de proyección y de previsión, unidas a un constante y disciplinado esfuerzo por generar ahorro y acumularlo en el tiempo, así ello implique sacrificar un poco los objetivos inmediatos. Quizá la mayor exigencia de las pensiones es la de pensar en términos de largo plazo, pues en esta materia nada es a corto plazo, ni los problemas, ni las soluciones.

Los ajustes coyunturales no resuelven los problemas, apenas postergan la solución mientras el problema se agrava, con la esperanza de que a otro le corresponderá la tarea de hacer frente al desafío. El más hábito de eludir el problema, de hacerle el quite a las dificultades -como se le hace el quite a los ancianos-, de ignorar lo que pasa para vivir en un mundo feliz, pero ilusorio, es uno de los más nocivos rasgos de nuestro carácter.

El problema de la transición pensional, previsto desde hace décadas y regulado en la Ley 100 de 1993, está comenzando a concretarse por estos días, cuando los que en ese entonces eran todavía jóvenes hoy ya cumplen la edad prevista para su retiro. Durante casi veinte años el problema existió en medio de la indiferencia, con la señalada excepción del Acto Legislativo 01 de 2005, que trata de dar una respuesta a la situación al fijar un límite temporal a la transición.

Al día de hoy los problemas de la transición no tienen una solución jurídica clara. Esta carencia es superada por la vida, pues en realidad siempre hay una solución. Y en este caso la vida, o mejor será decir la muerte, brindan una solución biológica al problema, pues el régimen de transición terminará cuando los pensionados mueran. Dada la incertidumbre de la muerte, no es posible saber cuándo ocurrirá, pero se prevé que el año crucial en esta materia será el 2025.

Sin embargo, la muerte de los pensionados abre un nuevo problema, acaso más complejo y difícil: el problema de la sustitución pensional. Es un problema complejo porque en los últimos años el grupo de personas sustitutas ha crecido, sin que haya siquiera una proyección

elemental sobre sus implicaciones para el sistema pensional. Basta considerar, por ejemplo, la situación de las personas que hacen parte de la comunidad LGTBI, para advertir que las parejas del mismo sexo tendrán dificultades para probar su vínculo, sobre todo si está de por medio otra serie de relaciones con otras personas del mismo o de diferente sexo, como ya ocurre con la población heterosexual. Además se hace necesario pensar en reglas sobre su edad, como ya se hace con los heterosexuales.

Al aumento del conjunto de personas que aspiran a la sustitución pensional, hay que agregar los problemas macroeconómicos que tiene el sistema pensional, que desde hace ya varios años se financia en su mayor parte, casi en su totalidad, del presupuesto público. Es posible que, como ya ocurre en Europa, sea necesario dar un debate para fijar hasta dónde puede ir la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Este debate debe tener un componente económico, para definir a quién debe reconocerse la prestación, en qué consiste ésta y cuál debe ser su cuantía. Pero también debe tener un componente jurídico, para definir a las pensiones en términos de derechos, para precisar el alcance de los derechos adquiridos en esta materia y para regular la situación de las personas que llegan a la vejez y que no pueden acceder a una pensión.

El debate jurídico parece, ante el económico, ser de segundo orden. No obstante, en la práctica es el más relevante, porque involucra la visión más humana del asunto, ya que no se limita a las pensiones como prestaciones, sino que las explora como derechos. Si el debate económico ha llevado a propuestas políticas, como la de reducir la pensión mínima, la de limitar el monto de las pensiones máximas o la de hacer tributar a los pensionados, el debate jurídico se ha centrado en los tribunales de justicia. De estos tribunales, la Corte Constitucional es la que concentra la mayor parte del debate, que se ha librado en torno de varias demandas de inconstitucionalidad de las leyes del sistema pensional, en especial de la Ley 100 de 1993, contra la cual existen algunas demandas en curso y se avizoran otras en el futuro próximo.

Las sentencias de constitucionalidad en materia pensional tienden a ser muy complejas. No se quedan en la dualidad simple de exequibilidad

o inexequibilidad, sino que plantean condiciones, interpretaciones, adiciones y otra clase de modulaciones en el objeto y en el tiempo.

Para ver un poco la complejidad del debate jurídico, merece la pena traer a cuento la Ley 4 de 1992, a la que se acusa por muchos de ser la causante de la mayoría de los problemas en las pensiones de los servidores públicos. En esta materia existen múltiples decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, algunas de ellas divergentes, e incluso contrapuestas, que generan notable incertidumbre respecto de las pensiones de los congresistas. Y como los magistrados de las altas cortes se equiparan a los congresistas, la incertidumbre se reproduce en múltiples ámbitos de la rama legislativa, de la rama judicial y de los organismos de control.

Antes de la Ley 4 de 1992 las cosas parecían más sencillas, pues había un consenso en torno de la definición de los factores salariales, que inciden en las pensiones en tanto hacen parte de los factores que definen el ingreso base de cotización y el ingreso base de liquidación. Pues bien, estos factores se complicaron de tal manera que hoy no se sabe bien qué son, al punto de que hay factores que tienen una naturaleza híbrida: de una parte no son factores salariales para ciertos efectos y de otra sí lo son para otros efectos. El mejor ejemplo de estos híbridos es la prima especial de servicios de los magistrados, que no es factor salarial para ningún efecto, salvo para cotizar y liquidar pensiones. Y es así en virtud de una de las más exóticas variedades de las sentencias condicionadas, la que declara la inexequibilidad condicionada. Si se trae a cuento otras primas o pagos, como los gastos de representación, las cosas pueden complicarse aún más.

La incertidumbre sobre los factores salariales, valga decir, sobre lo que es salario, lleva a mantener un muy complejo sistema, plagado de preguntas. Por ejemplo, ¿los factores que sirven para cotizar pensiones son los mismos que se deben emplear para cotizar en salud, o para liquidar el impuesto de renta?

Ante la incertidumbre, que es el peor de los escenarios, pues genera conflictos jurídicos y, para decirlo en términos económicos, encarece los costos de transacción, es menester hacer algo. Y para no quedarme en el lugar común de proponer que se haga algo, pero no decir qué, me atrevo a decir que es necesario superar la noción de salario y de factor

salarial, para cambiarla por la noción de ingreso, en tanto suma de dinero que ingresa al patrimonio de una persona, a la que sea posible aplicar la noción de costo y, a la postre, definir un ingreso neto que sirva de base para cotizar y liquidar pensiones, y para

Yo propondría esta si es una propuesta que creo hay que tomar en serio, que hay que dejar atrás la idea de salario, eso ya no es razonable, hay que pensar más bien en ingreso, pero no solo para fines de pensiones, sino también para fines de salud, de tributación y dar aplicar en realidad el principio de solidaridad. Hoy en día una persona puede acceder a una pensión alta, porque hace una cotización igualmente alta, pero sus tributos son mínimos, porque aprovecha de manera inteligente y lícita la incertidumbre y la confusión existente.

El asumir que el ingreso del congresista, para no aludir a sus complejos factores salariales y a la desafortunada expresión: “por todo concepto”, contenida en la Ley 4 de 1992, es inadecuado para el sistema pensional. Y lo es porque el congresista tiene una situación atípica, pues vive en dos hogares: en el que está su familia y sus electores y en el que ejerce su tarea, a menos que su familia y sus electores residan en la misma ciudad, como ocurre con los congresistas de Bogotá. Esta situación se traduce, en el lenguaje jurídico, en una prima especial, la de localización. No obstante, el magistrado de una alta corte, que no tiene esta situación, acaba equiparándose al congresista.

Ante un panorama así, lo extraño no es que haya muchas demandas, sino que no haya más. Y por esta vía el problema, que ya es arduo dentro del proceso administrativo que se tramita ante las autoridades pensionales, se traslada al proceso judicial, tanto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como ante los jueces de tutela. Las reclamaciones sobre los factores que entran o no dentro del ingreso base de liquidación, el tiempo relevante -que puede ser un año o menos o diez años-, la indexación de estos ingresos y otras tantas, acaban por deformar la misión de los entes administrativos, que están paralizados por el volumen de su tarea, la precariedad de sus archivos y la incapacidad de responder a tiempo y bien, y a los tribunales de justicia. Pareciera que el último trabajo de una persona que aspira a pensionarse, y acaso el más arduo y crucial, es el de emprender una serie de gestiones y pleitos casi interminables, para obtener su

derecho antes de que la muerte le alcance. Y en no pocos casos la muerte parece tener más opciones.

El drama de una persona que debe habérselas con el Estado en interminables pleitos para definir su derecho a la pensión, valga decir, para acceder a recursos que son indispensables para cubrir su subsistencia cuando deja de trabajar, no se puede ignorar con el prurito de que se trata de un problema de equilibrio del sistema pensional. Es probable que el problema de equilibrio sea un falso problema, o es probable que sea hoy un problema prematuro, que sólo será visible en el futuro. Lo cierto es que el problema, de existir, se causa en el desorden y la incertidumbre normativa, que es lo primero que debe remediarse, pues todo caos es costoso y, a la postre, puede generar el colapso de la sociedad, no sólo de la economía. Esta podría ser la primera conclusión de este análisis.

El orden es necesario. Pero no puede darse de cualquier manera o de una sola manera. Debe partir de la consideración de los derechos de las personas. Esta es la base a la que puede agregarse otros elementos de debate, como los económicos. Esta podría ser la segunda conclusión de este análisis.

Hay divergencias entre los propios tribunales que resultan incomprensibles, como la que se ha suscitado y mantenido durante ya varios años entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en torno de la indexación de los factores que sirven de base para liquidar las pensiones.

Un caso puede ser útil para mostrar lo incomprensible de la divergencia: una persona trabajó más de 20 años en un banco; se retiró siendo todavía joven; duró más de 15 años sin encontrar otro empleo y sin hacer nuevas cotizaciones; al completar la edad para acceder a su pensión se precipitó a reclamarla y la obtuvo en este año, pero mal liquidada; se la dieron sobre un porcentaje de lo que había sido su salario hace más de 15 años, por un valor inferior al actual salario mínimo, si no recuerdo mal la suma era muy próxima a setenta y nueve mil pesos. En este caso la salida apareció en la tutela, pues no se encontró otra vía para obtener que al menos se respetase la garantía constitucional de que la pensión no puede ser inferior a un salario mínimo, aunque le queda el resto de su vida para librar la batalla por obtener una liquidación correcta.

Otro caso puede mostrar lo dramático de la divergencia, esta vez entre un ente administrativo y un juez de tutela. El ente administrativo reconoció a una persona de ochenta años una pensión gracia, lo que puede ser una buena noticia, pero el valor de la mesada era cercano a los ocho mil pesos, lo cual, si no es una afrenta, se le parece mucho. Empecinado en pensar bien de los demás, no podía creer que existiera una resolución así, pero me superó la evidencia, pues puede verla. Casos así, a veces llegan a los jueces constitucionales por la vía de la tutela, que no debería ser el camino si las cosas funcionaran bien, y generan un complejo entramado de precedentes vinculantes que se deben seguir, y del cual hay varios ejemplares en esa infrecuente clase de sentencia que es la sentencia de unificación de la Corte Constitucional y muchos más en sentencias de tutela.

No obstante, ni siquiera las sentencias de unificación parecen ser suficientes para superar la incertidumbre. En efecto, una de las más importantes sentencias de unificación, la SU-062 de 2010, parece definir el tema de la transición pensional, al diferenciar en su alcance las dos transiciones previstas en la Ley 100 de 1993: la transición por aportes o tiempos de servicios y la transición por edad.

La transición en la ley se fijaba a partir de los años de cotización, sin importar la edad, o a partir de la edad, sin importar los años de cotización. Es evidente que hay grandes diferencias entre una y otra alternativa, al punto que en la sentencia en comento la Corte las trata de diversa manera. A las personas que se encuentran en régimen de transición por aportes, por ejemplo, les reconoce el derecho a cambiarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y el derecho a retornar, si así lo deciden, al régimen de prima media. A las personas que se encuentra en régimen de transición por edad, no les reconoce este último derecho. Éstas, al hacer los cálculos que debieron hacer antes de decidir cambiarse de régimen, quizá porque ya está próxima la hora de pensionarse, descubren que hicieron un pésimo negocio, lo cual no es infrecuente en estas materias, y se resignan ante su contraria suerte. De ahí nacen nuevos conflictos.

La tragedia de los pensionados que se precipitan a cambiar de régimen en desmedro de sus propios intereses, o la candidez e ingenuidad de las personas que toman como un hecho dado lo que son apenas proyecciones de rentabilidad, muestran y demuestran una de nuestras

peores carencias: la grave ignorancia financiera de los colombianos. Esta carencia también es visible y tiene efectos perniciosos en el mal manejo del crédito, pero cuando se trata de pensiones tiene un rasgo que la hace aún peor. Este rasgo es el de lo irremediable. Si a la hora postrera de la vida, la pensión sale mal, ya no hay nada que hacer.

El futuro pensionado es en muchos casos una persona que ignora lo fundamental. No tiene idea de lo que implica asimilar sus aportes a ahorro en una cuenta, sometida a los vaivenes de la rentabilidad. Tampoco sabe de los avatares de un seguro o de un contrato de renta vitalicia. Pese a su ignorancia, o quizá por ella, el futuro pensionado no se preocupa por su suerte y sólo se ocupa de ella cuando ya no se puede hacer nada, como si su pensión fuese un amargo despertar a la realidad, cuando ya la jornada se aproxima a su fin. Ante esta circunstancia y la mala ventura de las proyecciones hechas hace años, me temo que debo ser algo fatalista y advertir que, muy pronto, en este año y en los próximos, se verá también una crisis en el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque los ahorros no van a ser suficientes para financiar las pensiones y, por tanto, el Estado deberá también contribuir a financiarlas, agravando el problema fiscal.

Los problemas pensionales son estructurales -esta podría ser la última conclusión de este análisis-. Y, en tanto problemas estructurales, son problemas que se proyectan en el futuro, pero que deben estudiarse, debatirse y, en lo posible, resolverse en el presente. Son problemas que deben preocuparnos desde ya, para no intentar ocuparnos, sin éxito, cuando las cosas no se puedan postergar más. Cada día que pasa sin tener un diseño claro, razonable y sostenible de las pensiones, perfeñado a partir de un discurso de los derechos, sobre la base del ser humano, sus circunstancias y sus necesidades, será un día perdido. De seguir así, hoy en día las personas que todavía no tienen años, probablemente vivirán buena parte de su existencia con la carga de hacer mayores ahorros, movidos por la ilusión de pensionarse, pero sin tener garantías de poder lograrlo. Su futuro, tan impredecible y abierto, puede ser también trágico. Y es nuestro deber pensar en ellos, con ellos y por ellos, así como en las generaciones por venir, cuando abordamos estos temas. Ese es nuestro desafío y también nuestra responsabilidad.

Gracias.