

Homenaje a la OISS, en sus 70 años

# PENSIONES EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

## Una exploración regional del derecho pensional

Editores académicos

Luis Alberto Torres Tarazona

Sandro José Jácome Sánchez



**UNIVERSIDAD  
LIBRE**



Sociedad Colombiana  
de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social



**OISS**  
ORGANIZACIÓN  
IBEROAMERICANA  
DE SEGURIDAD SOCIAL



**PENSIONES  
EN EL CONTEXTO  
LATINOAMERICANO**

**Una exploración regional  
del derecho pensional**

Homenaje a la OISS, en sus 70 años

---

# PENSIONES EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

## Una exploración regional del derecho pensional

Editores académicos

Luis Alberto Torres Tarazona

Sandro José Jácome Sánchez



Sociedad Colombiana  
de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social



Pensiones en el Contexto Latinoamericano: Una exploración regional del derecho pensional / Luis Alberto Torres Tarazona y Sandro José Jácome Sánchez – Bogotá, D.C., Colombia.

642 p.; fot.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN digital: 978-628-96381-0-3

Catalogación en la Fuente –01 Biblioteca de la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ISBN digital: 978-628-96381-0-3

Pensiones en el Contexto Latinoamericano: Una exploración regional del derecho pensional

©Editores Académicos: Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

©Luis Alberto Torres Tarazona y Sandro José Jácome Sánchez.

Bogotá, D.C., Colombia.




Primera edición: junio de 2024.

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.



Atribución-No comercial-Sin derivas

-  BY - Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero deben otorgar crédito al autor.
-  NC - Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero solo con propósitos no comerciales
-  ND - Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero no modificarla

 **creative commons**

# Comité editorial

## **José Cruz Guzmán Díaz**

Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de Colima. Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Coordinador de la Maestría en Derecho, docente e investigador de tiempo completo en la Universidad de Guadalajara. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I.

## **Luz Dary Naranjo**

Doctora en Procesos Sociales y Políticos en América Latina de la Universidad de UARCIS (Chile). *Magíster* en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Investigadora de CODEMA-CIEAC.

## **Javier Francisco Franco Mongua**

Doctorando en Derecho en la Universidad París I (*Pantheon Sorbonne*). *Magíster* en Derecho Comparado, con énfasis en Derecho Económico, por la Universidad París I (*Pantheon Sorbonne*). *Magíster* en Derecho Económico por la Universidad Externado de Colombia.

## **Luis Francisco Ramos Alfonso**

Doctorando en Derecho en la Universidad Libre. *Magíster* en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica por la Universidad Libre. Especialista en Instituciones Jurídicas y Derecho Público por la Universidad Nacional. Docente en la Universidad Libre.

## **Rosa Imelda Muñoz Hernández**

Doctoranda en Derecho en la Universidad de Guadalajara. *Magíster* en Derecho con orientación en Constitucional y Amparo. *Magíster* en Derecho Administrativo por la Universidad de Guadalajara. Abogada por la Universidad de Guadalajara. Jefa del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas

y Políticas Públicas de la División de Innovación Social, Humanidades y Estudios de la Ciudad. Docente de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario de Tlajomulco.

**Diana Jiménez Aguirre**

*Magíster* en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional. Especialista en Derecho del Trabajo. Especialista en Instituciones de la Seguridad Social por la Universidad Nacional. Docente en las universidades Libre y Nacional.

**Mayerly Andrea León Solano**

Doctoranda en Derecho en la Universidad de la Guadalajara. *Magíster* en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Libre. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Libre.

# Tabla de contenido

Presentación	11
<i>Gustavo Riveros Aponte</i>	
Agradecimientos	17
1 Pensiones en contextos complejos: criterios para la construcción de pensiones en contextos complejos	19
<i>Luis Alberto Torres Tarazona</i>	
2 Seguridad social y migrantes en Iberoamérica, en particular Chile	49
<i>Hugo Cifuentes Lillo</i>	
3 Sistema de pensiones por retiro programado en la población activa del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS): propuesta de mejora para el futuro	73
<i>Areli Gutiérrez Camargo</i>	
4 El régimen pensional de los aviadores civiles en Colombia	119
<i>Luis Fernando Moreno Sánchez</i>	
5 Prepensionados en Colombia - avances y retos	161
<i>John Sebastián Baracaldo Hernández</i>	
6 Requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado “un Choque de Trenes en el Escenario Judicial Colombiano”	211
<i>Claudia Milena Ciprián Carvajal</i>	
7 La filosofía y su aporte a la interpretación del derecho a la seguridad social como bien supremo del ser humano	229
<i>María Victoria Santana Londoño</i>	

8	Un análisis de las reglas de la ineficacia de traslados entre regímenes pensionales en Colombia, desde las concepciones de la argumentación atencina <i>Carlos Andrés Olaya Osorio</i>	245
9	La asignación de retiro para miembros de la fuerza pública en Colombia <i>Fernando Antonio Moreno González</i>	275
10	Trazando el mapa de la seguridad social en Iberoamérica: análisis desde los convenios <i>Rosa Fernanda Florián Romero, Sebastián Baracaldo Hernández Ana María Hoyos Navarro, Ana María Neusa Ospina y Cristhian Camilo Rodríguez Martínez</i>	311
11	Aspectos jurídicos relativos al sistema pensional de Colombia y de otros países de Iberoamérica <i>Rafael Rodríguez Mesa</i>	345
12	Alternativas de financiamiento del sistema jubilatorio nacional argentino, en el contexto actual sistema contributivo <i>Juan Carlos Juárez</i>	389
13	La falsa indivisibilidad de la mesada pensional: una revisión crítica de la asunción de la mesada pensional por invalidez de origen mixto en Colombia <i>Valentina Mendoza Tascón y Christian Camilo López Vallejo</i>	425
14	Matching contributions: esquemas alternativos de protección económica para la población adulta mayor y su aplicación en Colombia <i>David Esteban Rojas Segura</i>	441
15	La pensión de viudedad y/o sobrevivientes y su perspectiva latinoamericana desde los modelos pensionales <i>María Fernanda González Martínez</i>	471
16	Procedencia de la pensión de vejez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa <i>Sandro José Jácome Sánchez</i>	521



- 17 Impacto desde una perspectiva de género, de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones 533  
*Marina del Rosario Barboza Hurtado*
- 18 Reflexiones en torno al derecho del trabajo ante el advenimiento de la inteligencia artificial: desafíos y dilemas normativos en la aplicación del principio de la dignidad humana desde una perspectiva bioética 619  
*Carlos Fernando Morantes Franco y Javier Alberto Porrás Herrera*



# Presentación

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS y su Centro Regional para Colombia y el Área Andina quieren agradecer a la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por este homenaje académico con motivo de los setenta (70) años de la Organización.

El presente libro, titulado *“Pensiones en el contexto latinoamericano. Una exploración regional del derecho Pensional”*, lo recibimos como un justo homenaje a una Organización que cumple 70 años de vida acompañando a veintidós (22) Estados iberoamericanos en temas de Seguridad Social y Protección Social.

Queremos agradecer este homenaje académico, a todos los miembros de la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, especialmente a los miembros de su órgano de dirección y a todo su equipo de trabajo.

Debemos felicitar el esfuerzo académico y editorial realizado por los doctores Luis Alberto Torres Tarazona y Sandro Jácome Sánchez, además de reconocer el gran y valioso esfuerzo realizado por todos los autores.

La OISS señala en sus estatutos que tiene como una de sus funciones *“Desarrollar y promover el estudio, investigación y perfeccionamiento de los sistemas de Seguridad Social y protección social”*, por eso apoya y difunde este tipo de trabajos pues no solo significan un gran esfuerzo por parte de los editores, sino que van consolidando ideas, conceptos, apreciaciones, teorías y planteamientos que se pueden concretar en políticas públicas aplicables en Iberoamérica y Latinoamérica.

Al cumplir 70 años de estar acompañando a los gobiernos y a los pueblos iberoamericanos, queremos aprovechar la oportunidad para recordar que la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) es un organismo internacional, de carácter técnico y especializado, que tiene como finalidad

*“promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por el idioma español y portugués mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en Seguridad Social y, en general, en el ámbito de la protección social”.*

Como lo han hecho en el pasado, en diversos eventos y conmemoraciones, diferentes miembros de los órganos de dirección de la Organización, queremos recordar que la OISS nació en el II Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, celebrado en Lima, Perú, el 25 de octubre de 1954, en un escenario internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo se planteaba el refuerzo del multilateralismo y buscaba avances en políticas sociales que mejorasen el bienestar de la población iberoamericana.

Como lo ha repetido insistentemente la señora Secretaria General de la OISS, Dra. Gina Magnolia Riaño Barón, desde sus orígenes, la OISS ha promovido el bienestar económico y social de los países iberoamericanos, adaptándose a las necesidades y a los instrumentos disponibles en cada momento, para reforzar los sistemas de seguridad social y de protección social ante las diversas coyunturas históricas.

Durante su existencia la OISS ha avanzado en su aporte orientado a lograr la eficiencia de la gestión de los sistemas de seguridad social en su conjunto, con énfasis en los sistemas de pensiones, los sistemas de salud y la prevención de riesgos laborales y salud ocupacional.

Los planes de acción de la OISS han estado enfocados en hacer realidad las funciones plasmadas en sus estatutos, como *“Colaborar en el desarrollo de la Seguridad Social, la seguridad y salud en el trabajo y, en general, la protección social, prestando el asesoramiento y ayuda técnica necesaria a sus miembros”* (países e instituciones).

Durante estos 70 años la OISS ha cumplido con su función estatutaria de *“Capacitar al personal que desempeña funciones en las instituciones de Seguridad Social y protección social de los países miembros de la Organización”*. Esta labor la ha asumido mediante cientos de cursos, seminarios y eventos organizados tanto por la Secretaría General con sede en Madrid –España, como por los Centros Regionales y Delegaciones (Cono Sur, Centroamérica y Caribe, Región Andina y delegaciones en Bolivia, Brasil, Chile y República Dominicana).

A manera de ejemplo recordamos que la OISS, conjuntamente con la Universidad de Alcalá (España), vienen impartiendo de forma ininterrumpida desde 1997 un *máster* de formación permanente en Dirección y Gestión de los

Sistemas de Seguridad Social, el cual se dirige a la formación específica en la gestión de la Seguridad Social de quienes, desde el sector público o privado, ostentan responsabilidades en dicha gestión. Además, desde hace más de 20 años, conjuntamente con la Universidad de Alcalá, ofrece otros tres programas como son el *Máster* en formación permanente en Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones; el *Máster* en formación permanente en Prevención y Protección de Riesgos Laborales y el *Máster* en formación permanente en Dirección y Gestión de Servicios de Salud.

En los últimos quince años la OISS ha avanzado en proponer políticas de protección social, desarrollando y apoyando propuestas de prestaciones no contributivas y los servicios sociales, la transversalización de la perspectiva de género y el trabajo específico con sectores de atención prioritaria, como las personas mayores o con discapacidad, siendo la OISS en algunos casos pionera en este tipo de políticas.

En el anterior contexto, se destacan la III Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo; el programa de Fortalecimiento de las Instituciones de Regulación, Inspección, Vigilancia y Control de la Seguridad Social y la Protección Social; el Programa Iberoamericano de Adultos Mayores, la Red Iberoamericana de Organismos e Instituciones especializadas en Adultos Mayores; además, la OISS lidera o participa en diversos programas relacionados con el apoyo a discapacitados como el “Programa para el Empleo de las Personas con Discapacidad en Iberoamérica” e “Iberoamérica Incluye”. Recordamos además, el “Programa para la Equidad de Género en los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica”.

Dentro de los grandes logros de la OISS en estos años merecen destacarse dos temas de gran impacto social. En primer lugar destacamos la creación de los CIAPAT (Centro Iberoamericano de Autonomía Personal y Apoyos Tecnológicos). Los CIAPAT son centros especializados en la generación de investigaciones, educación y servicios relacionados con tecnología de asistencia. Estos centros brindan servicios a la población con discapacidad e interactúan con instituciones para promover el mayor nivel de autonomía de dichas poblaciones a través de la tecnología de apoyo.

Actualmente la OISS tiene CIAPAT en Buenos Aires en la sede del Centro Regional; en Bogotá y Bucaramanga, en convenio con la Universidad Manuela Beltrán; en Brasil en Bahía, en convenio con la Universidad Federal de Reconcavo y en Santiago de Chile en convenio con la Universidad Católica de Chile. Además durante los últimos años se ha promovido la “Red de Centros Iberoamericano

para la Autonomía Personal y Apoyos Tecnológicos (CIAPAT)”, impulsada por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y el Centro Estatal de Autonomía Personal y Apoyos Tecnológicos (CEAPAT), perteneciente al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) de España.

En segundo lugar queremos destacar que en el año 2017 se firmó en Santiago de Chile el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), el cual se ha constituido en el primer instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de millones de trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en el ámbito de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos. Actualmente el convenio ha sido firmado por 16 países y está en plena vigencia en 13. Colombia ratificó su firma del Convenio con la Ley 2103 de 2021 y el CMISS entró en plena vigencia en Colombia el 1° de agosto de 2023. Para el caso colombiano, este instrumento le ofrece una salida a los miles de personas que después de haber trabajado en Colombia emigran a trabajar legalmente a otro país iberoamericano y al final de su vida laboral podrán tener derecho a una pensión.

Por último queremos referirnos a la función estatutaria que tiene la OISS en general y particularmente el Centro Regional de la OISS para Colombia y el Área Andina, cual es la de *“Facilitar la ejecución de programas de cooperación y desarrollo en el área de la protección social, que otros países, organizaciones internacionales u otras instituciones pretendan llevar a cabo en su ámbito de acción”*. Entendemos la protección social como un concepto más amplio que recoge la seguridad social. En ese contexto el Centro Regional Andino de la OISS promueve y acompaña los programas y estudios o reflexiones de todas las entidades, organizaciones, fundaciones, asociaciones, sociedades o colegios de profesionales o universidades que tienen que ver con la Protección Social en General o la Seguridad Social en particular, incluyendo temas académicos impulsados por entidades gremiales, o asociaciones de profesionales de una sola disciplina o multidisciplinarias, Organismos No Gubernamentales u organizaciones sin ánimo de lucro, sin importar su antigüedad o el número de miembros, siempre y cuando sus objetivos se ajusten con el plan estratégico de la OISS y con la misión y los principios éticos de la Organización.

Una vez más agradecemos a la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por este homenaje académico con motivo de los setenta

(70) años de la OISS y los invitamos a leer este libro titulado *“Pensiones en el contexto latinoamericano. Una exploración regional del derecho Pensional”*.

A propósito del presente libro, todos los artículos son interesantes y actuales, pero desde el Centro Regional Andino de la OISS nos tomamos el atrevimiento de sugerir un orden de lectura que permita a los lectores ir de lo general a lo particular; por lo anterior proponemos los siguientes temas de lectura:

Para iniciar proponemos abordar la lectura de: *“La filosofía y su aporte a la interpretación del derecho a la seguridad social como bien supremo del ser humano”*.

Como un forma de abordar las pensiones de cualquier país desde el punto de vista del derecho y de la familia sugerimos leer: *“Criterios para la construcción de pensiones en contextos complejos”* y *“ Aspectos jurídicos relativos al sistema pensional de Colombia y de otros países de Iberoamérica”*.

En Protección Social leer: *“Esquemas alternativos de protección económica para la población adulta mayor y su aplicación en Colombia”*.

Con perspectiva de género consultar: *“Impacto, desde una perspectiva de género, de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones”* y *“Perspectiva de género en las pensiones latinoamericanas”*.

Para tener una idea de los convenios enfocados en las poblaciones migrantes de Iberoamérica leer: *“Impacto de los convenios latinoamericanos en seguridad social”* y *“Seguridad social y migrantes en Iberoamérica, en particular Chile”*.

Para conocer experiencias en pensiones en otros países latinoamericanos leer: *“Alternativas de financiamiento del sistema jubilatorio nacional argentino, en el contexto actual del sistema contributivo”* y *“Sistema de pensiones por retiro programado en la población activa del instituto mexicano del seguro social (IMSS): propuesta de mejora para el futuro”*.

Desde una perspectiva de comparación de experiencias en varios países, se sugiere estudiar dos artículos relacionados con la pensión de sobrevivencia o de viudedad: *“Análisis de la pensión de viudedad en Latinoamérica”* y *“Requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado: “un choque de trenes en el escenario judicial colombiano”*.

Para quienes estén interesados en leer sobre temas puntuales específicos de la legislación pensional colombiana les sugerimos dos interesantes artículos: *“Un análisis de las reglas de la ineficacia de traslados entre regímenes pensionales”*.

*en Colombia, desde las concepciones de la argumentación atencina” y “La falsa indivisibilidad de la mesada pensional: una revisión crítica de la asunción de la mesada pensional por invalidez de origen mixto en Colombia”.*

Para conocer casos puntuales de pensiones para unos colectivos en Colombia se recomienda: *“El régimen pensional de los aviadores civiles en Colombia”* y *“La asignación de retiro para miembros de la fuerza pública en Colombia”.*

Por último, un tema interesante que no se ha trabajado mucho en la literatura de la seguridad social colombiana y por lo tanto se constituye en pionero es: *“Pre pensionados en Colombia -avances y retos”.*

Esperamos que todos los amantes de la seguridad social y de la protección social en general disfruten de este libro y sus artículos se conviertan en tema de reflexión en Colombia y en la comunidad iberoamericana.

**Gustavo Riveros Aponte**

*Director*

*Centro Regional de la OISS para Colombia y el Área Andina*



# Agradecimientos

Estando en Madrid, desde la OISS, se genera la idea de unir letras en torno al derecho de la pensión, entonces, reconocimientos infinitos a Gina Magnolia Riaño, a Ana, a Beatriz y, por supuesto, a Gustavo Riveros.

Asimismo, agradecemos a La Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, la cual, para el año 2023, se piensa en la ciudad de Pereira (Colombia).


Y también, a los profesores y estudiantes de nuestra amada Universidad Libre y, de muchas universidades colombianas, chilenas, peruanas, mexicanas y argentinas, pues todos, piensan desarrollan, crean y analizan el derecho social, para brindarlo en cada clase, en cada congreso, en cada conversatorio; como decía Marcel Silva Romero, compartir hablando de derecho social, al lado de un buen café.

Por último, gracias a todos y cada uno de los coautores, por ello, nuestra gratitud, gracias por la connivencia académica, por cada letra para la academia latinoamericana, puesto que, Colombia, se une en un pensamiento regional, en temas relacionados con los derechos humano sociales.

*Los editores.*

La Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, está inspirada por expertos iuslaboralistas y segurólogos sociales, nacionales e internacionales, de allí que, le demos nuestro reconocimiento perenne a:

*Ángel Guillermo Ruíz Moreno*  
*Antonio Ojeda Avilés*  
*Cesar Augusto Carballo Mena*  
*Clara Cecilia Dueñas Quevedo*  
*Ernesto Forero Vargas*  
*Francisco Tapia Guerrero*  
*Gina Magnolia Riaño Barón*  
*Hugo Cifuentes Lillo*  
*Humberto Villasmil Prieto*  
*Jorge Orlando Alarcón Niño*  
*Luis Ángel Torres Gómez*  
*Marcel Silva Romero*  
*Marisa Aizenberg*



# Pensiones en contextos complejos: criterios para la construcción de pensiones en contextos complejos

*Luis Alberto Torres Tarazona<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Candidato a doctor de la Universidad Libre; doctor *Honoris Causa* de la Universidad Privada de ICA (Perú); doctor *Honoris Causa* de la Federación Iberoamérica de Abogados y de Universidades Mexicanas. (México); *máster* en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España) y la OISS; *magíster* en Derecho Administrativo; especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social; curso de Expertos en Normas Internacionales del Trabajo de la OIT; curso de Expertos en Conciliación y Mediación de la OIT; conjuer de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; profesor de pregrado de la Universidad Libre (Colombia) y, de especialización y maestría en varias universidades; columnista del periódico *Ámbito Jurídico*; director del Observatorio en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Colombia); presidente de la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



## Resumen

El presente escrito, pretende analizar las pensiones desde criterios contemporáneos, como la dignidad humana, al considerarlo elemento necesario en el derecho humano pensional, así como desde las teorías “la realidad social y la teoría de las categorías sospechosas”, para establecer que, de forma moderna, para la construcción de las pensiones, la simple normativa no es suficiente y, por el contrario, se requiere entender contextos complejos que se traduce en interpretar la norma o ajustarla, para que conceptos como la familia, el género, los enfoques, las diversidades y la solidaridad, generen verdaderos derechos de naturaleza social, y se brinden, a partir de nuevas realidades, una mayor cobertura e inclusión en temas pensionales.

## Introducción

La pensión es un derecho humano social, impregnado actualmente de atributos como la dignidad humana, con categoría social, constitucional y convencional, entre otros.

Esta forma de analizarla contemporáneamente hace que evolucione la pensión, y sea más que una simple prestación, tanto en Colombia, como en otras latitudes; por consiguiente, el desarrollo de la sociedad, irriga los riesgos de la vejez, la invalidez o la muerte y, genera, nuevos escenarios que deben valorarse para el reconocimiento del derecho de la seguridad social.

A partir de las realidades sociales, contextos como la no discriminación, la violencia, enfoques diferenciales, las relaciones familiares, las nuevas formas de familia, entre otros, se mezclan con el derecho y la sociología, para observar que, los sistemas de seguridad social, deben garantizar pensiones mucho más allá de parámetros legales que, en muchas ocasiones, no procuran la justicia o la equidad y menos atacan las desigualdades sociales.

Desde las generalidades de la pensión y el estudio de las normas internacionales que despliegan el *corpus iuris internacional* de las pensiones, se abordarán las características de la pensión en Colombia, para que luego de un análisis norma-

tivo, se construyan nuevos reconocimientos pensionales a partir de la forma de entender algunos conceptos como la familia, el género y la solidaridad, entre otros. Entonces, es razonar que, a partir de enfoques diferenciales, hoy deben tenerse en cuenta, las diversidades como nuevo elemento al reconocerse una pensión, puesto que, tratándose de mujeres, niños, personas trans, o no binarios, el derecho de la pensión debe reaccionar y responder al progreso de la sociedad, rompiendo su creación heteronormativa, conservadora y tradicional, para concebirse como un verdadero derecho humano social.

En regiones como Latinoamérica, las pensiones están sujetas a factores como la sostenibilidad, la densidad de cotizaciones, la religión, la cultura, el sistema sexo/género, la monogamia, que dificultan el reconocimiento de derechos, en consecuencia, al entender que la realidad es cambiante, la norma también debe serlo, y de allí el aporte que hacen la jurisprudencia, los principios y la interpretación, ya sea desde la doctrina o desde la administración de justicia, por cuanto amplían los derechos pensionales al revisar los hechos sociales.

## Generalidades de la pensión

Desde la teoría de las pensiones, ella corresponde a dos aristas, como lo determina la OISS: La primera, frente al concepto de *ancianidad*, refiriéndose que, después de la vida productiva, es parte del derecho al descanso, conforme al aporte por un período de tiempo, lo que otorga una jubilación como contraprestación equivalente al tiempo de actividad o de cotización; la segunda, es entender el concepto de *senectud*, que se relaciona con el desgaste del estado físico por paso del tiempo y la reducción de facultades por la edad; por tanto, estamos frente a un retiro.

Colofón de lo anterior, es que los Estados pueden exigir cotizaciones sociales o no para brindar un derecho pensional, y de allí que, se generen pensiones contributivas y no contributivas, condicionadas a requisitos, las primeras, mediante aportes (cotizaciones sociales) y edad; y, la segunda, por nacionalidad o ciudadanía, sin más requisitos por cumplir. En las pensiones contributivas se realiza aporte bipartito o tripartito, mientras que, en las no contributivas, el financiamiento está a cargo solo del Estado.

De otra parte, la seguridad social colombiana conforme lo sostiene Samir Bonnet (2023), se transformó a partir de su constitucionalización en el año 1991, circunstancia que han descrito María Victoria Santana Londoño (2012),

Gerardo Arenas Monsalve (2018), Torres Tarazona (2012), y Ana María Muñoz (2012), entre otros.

Recordemos, que la seguridad social se constitucionalizó de forma global desde 1917, en la Constitución Política de los Estados Unidos de México; para dicho momento, se denominó “previsión social”, norma que se consideró de utilidad pública y social. Se introduce como fundamental un derecho, en este caso, derechos subjetivos, entendidos como posibilidad, potestad o facultad de reclamar al Estado en cumplimiento de un deber jurídico, en palabras de Gregorio Robles o Rodolfo Arango (2016).

Además, de entenderse como derecho, o estar en textos constitucionales, en la mayoría de los Estados, es prestado (servicio público) por el mismo Estado o por particulares; una de las mayores críticas a la seguridad social, es su posibilidad de negocio, por la presencia de la privatización y por el lucro que puede generar a particulares o entidades financieras.

La seguridad social es un derecho con carácter interdisciplinario, irrenunciable, imprescriptible e indivisible; es autónomo y, muy relevante, hace parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En Colombia, se ha categorizado como derecho fundamental, desde la Corte Constitucional, obedece a un lento desarrollo, mediante tres etapas: La primera de negación, la segunda de conexidad y, la tercera, cuando se considera derecho fundamental directo o autónomo. En este avance, se aborda la importancia como derecho, ya que se respeta como derecho objetivo y a la vez como subjetivo, esto es: “Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana” (Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003) y, por transgredir la dignidad humana, como por ejemplo, cuando se sostiene que: “El reconocimiento del derecho a la pensión es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas” (Corte Constitucional, sentencia, SU-1354 de 2000).

Se le reconocen como propios, principios como la solidaridad, la universalidad, la eficiencia, y de forma contemporánea, la dignidad humana, la progresividad, la igualdad, la equidad y el principio *pro homine*.

Entender que en temas pensionales, el principio pro persona (*pro homine*), que surge a partir de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos a modo de canon interpretativo conforme los derechos

humanos, para que se aplique la norma más amplia y así optimizar derechos, es uno de los mayores avances de las pensiones en Latinoamérica.

Autores como Mireya Castañeda (2015), al referirse a este principio, determinan que: “Impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían, y restrictivamente, las que los limitan o restringen”, o como lo dispone la Corte Constitucional colombiana, al considerarlo como la interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y a sus derechos, para un total respeto de la dignidad humana, como garantía y promoción de los derechos humanos (Corte Constitucional, sentencias T-191 de 2009 y T-319 de 2012).

Precisamente, uno de los elementos que le imprimen a las pensiones su condición como derecho, es ser considerado un derecho humano social, ello es por sus características y descripción dentro de la declaración universal, pues recordemos que, es universal porque pertenecen a toda la especie humana; inalienables, ya que no son transferibles, no se despojan, ni arrebatan, son esenciales del ser humano; son inviolables, al no existir autorización para su vulneración; y, también, a la vez, son irrenunciables, interdependientes y obligatorias. Esto se traduce, en que tiene los mismos distintivos y cualidades de cualquier derecho humano; dicha categoría como derecho humano, la determinan la OIT y doctrinantes como Isabel Goyes, Ángel Guillermo Ruíz Moreno, Marisa Aizenberg, Pablo Arellano, Eduardo Ahumada, Hugo Cifuentes Lillo, entre otros.

Adicional de los elementos de todo derecho humano y una fisionomía propia, las pensiones contienen esas particularidades desde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y las Observaciones Generales del Comité de DESC, ellos son, su disponibilidad, la protección contra riesgos e imprevistos sociales, un nivel suficiente de protección, la accesibilidad, la relación con otros derechos, y ese carácter de indivisible e interdependiente.

Corolario de lo precedente, los Estados mediante un modelo de aseguramiento, protegen del riesgo de la vejez, de la invalidez o de la muerte y, de esta manera, amparan las contingencias, a partir de requisitos de cotizaciones sociales, densidad de semanas, edades o grupos. Cuando se ampara el riesgo de vejez, se exige en los sistemas de reparto, un cúmulo de años de cotización y una edad que puede ser diferenciada para hombre o mujer o estar igualada, dependiendo la legislación que se revise. A manera de ejemplo, en países como Colombia, Argentina y Costa Rica, las edades son diferenciadas; en los sistemas de capitalización, solo se obliga a tener cierta cantidad de ahorro individual, que luego generará una renta.



Frente a la pensión por invalidez, lo que tiene en cuenta el sistema, es la afectación a la salud de origen común, y lo que se valora, es la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, para desempeñar la labor o las tareas cotidianas.

Cuando hablamos de pensiones de viudedad, orfandad, sustitución pensional o pensiones de sobrevivientes, la regulación va encaminada a la protección económica y social del grupo familiar del causante. Respecto a esta última, se definen como:

“Es la prestación económica que se reconoce a los beneficiarios cuando fallece el pensionado o el afiliado al Sistema General de Pensiones; recibiendo mensualmente una renta.

(...) la seguridad social respalda la conformación y desarrollo de la familia, pues le brinda a todos sus integrantes tranquilidad frente al futuro, ya que suaviza las relaciones pecuniarias entre sus miembros y representa el deber de ayuda que debe existir en el primer lugar de la sociedad” (Miguel Ángel Almendros, *la protección social de la familia*, 2005).

Respecto de lo anterior, para la Corte Constitucional colombiana, la pensión de sobrevivientes es la protección de la familia como núcleo fundamental (Corte Constitucional, sentencia T-046 de 2016).

A su turno, Ángel Guillermo Ruíz Moreno (2020), establece que existen pensiones de jubilación, previsionales, de la seguridad social, todas sujetas a requisitos, pero entendidas como un derecho social exigible (pág. 47), que necesariamente, deben fundamentarse en principios como la universalidad, la integralidad, la solidaridad social, la obligatoriedad, la equidad y la internacionalización.

Así, en temas pensionales, los Estados pueden condicionar las pensiones a requisitos, pero también, pueden tener en cuenta “estados de necesidad”, y en dicho razonamiento, lo que cuenta es ser ciudadano o nacional y no tener cotizaciones, ni ingresos, para que el Estado pague un suma que sirva para la subsistencia.

En el marco de lo explicitado, las pensiones son un derecho, producto de cotizaciones sociales o de política pública, por lo general, dentro de textos constitucionales y normas internacionales que le dan su estructura, así como principios y características que le impregnan una propia fisonomía y, conducen a entender a las pensiones como un derecho humano social, donde la dignidad humana y principios como el *pro homine*, son parte de su esencia.

## Las pensiones en el ordenamiento internacional

Desde el *corpus iuris internacional*, las pensiones son reguladas de la siguiente manera:

Instrumentos	Detalle
Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.	A partir del artículo 25, desarrolla prestaciones de vejez, cuya edad máxima no deberá ser 65 años, donde grupos asalariados, grupos activos económicamente, residentes, tendrán derecho a un pago periódico por cumplimiento de períodos de cotización; igualmente, los artículos 53 y subsiguientes del Convenio, reconocen prestaciones por invalidez y prestaciones para sobrevivientes.
Declaración Universal de los Derechos Humanos	El artículo 25 determina, que es un derecho que debe asegurar la invalidez, la viudez y la vejez.
Pacto Internacional de Derecho Sociales, Económicos y Culturales	El artículo 3, establece que se debe gozar de los DESC; igualmente, el artículo 9 reconoce el derecho a la seguridad social, pero expresamente no desarrolla las pensiones.
Convenio 128 de la Organización Internacional del Trabajo.	El artículo 7 y subsiguientes, desarrollan la invalidez; del 14 y siguientes, la vejez; y, del artículo 20 en adelante, el convenio desarrolla la pensión de sobrevivientes.
Código Iberoamericano de la Seguridad Social	El artículo 30, señala pensiones contributivas de vejez, invalidez, viudedad y orfandad.
Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social	El artículo 3 contempla, que el convenio se aplica en temas de prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia; el artículo 7, desarrolla la revalorización de las pensiones; el artículo 16, se ocupa prestaciones de sistemas de capitalización; el artículo 12, regula el seguro voluntario.
La recomendación 202 de la Organización Internacional del Trabajo.	El artículo 9, se refiere al reconocimiento de prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes.
Política de Coordinación de la Unión Europea.	Se establece desde el año 2004, una gran política de coordinación, fundamentada en cuatro principios: 1. Cobertura por la normativa de un solo país a la vez, se cotiza a un país; 2. Igualdad de trato (mismos derechos sin necesidad de ser nacionales); 3. Se contabilizan todos los períodos de cotizaciones, no en el país, sino en la UE; 4. Exportabilidad de la prestación, sin falta de pago geográfico.

Instrumentos	Detalle
Observación General núm. 6 del Comité de DESC.	Los derechos de las personas con relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales significa, ejercitar el derecho a la pensión de vejez.
Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.	El artículo 28, literal e, se refiere a pensiones de jubilación para personas con discapacidad.
Observación General núm. 19 del Comité de DESC.	Los derechos de las personas con relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales significa, ejercitar el derecho a la pensión de vejez, invalidez, sobrevivientes y orfandad.
Convenio 118 de la Organización Internacional del Trabajo.	Frente a la igualdad de trato, el artículo 2, se reconocen prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia para nacionales y no nacionales, pero de Estados miembros; asimismo, lo determina el artículo 5.
Código Europeo de la Seguridad Social	Los artículos 9, 17, 24, 26, 27, 29 y 30, reconocen prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, su cuantía, forma de pago y demás elementos.

## La dignidad humana como elemento necesario en las pensiones

Uno de los actuales postulados del derecho de la pensión es la dignidad humana, de allí que, conforme Manuel Atienza (2022), se considere la dignidad como un valor, un principio, una cláusula hermenéutica y un derecho puente.

Para Atienza, al citar a Haren (2022), aquel consiste en esa condición de derecho a tener derechos; también, es una definición indispensable en el derecho; es el atributo interno de la persona, ese principio moral con exigencias jurídicas; pero a la vez, lo denota como una noción para fundamentar derechos.

La dignidad tiene dos ejes, puesto que puede entenderse como concepto puente, es decir, la relación entre derechos y deberes, cuando se le atribuye a alguien; pero al tiempo, también entenderse como concepto normativo, esto es, como principio, concretado en derechos fundamentales (Atienza, 2022).

De lo dicho por Atienza (2022), creemos que es entender la persona, no como ser humano, ni criatura divina, ni propietario de sí mismo, o miembro de la sociedad, es comprender al ser humano, como fin en sí mismo. Es tener en cuenta el pensamiento de Kant.

Entonces, desde la teoría de la dignidad humana, la Corte Constitucional colombiana estableció en la sentencia T-881 de 2002, la relación entre derechos fundamentales, Estado social y principios; en segundo lugar, entendida como:

“Posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

Para Manuel Atienza (2022), consiste en el derecho a desarrollarse así mismo como persona, donde la libertad, la autonomía y la igualdad, contribuyen a la dignidad y al crecimiento frente a los demás. Desde los derechos, es la mayor vinculación con los derechos sociales, ya que para Atienza, es aplicar la tradición socialista.

Desde la teoría constitucional, la dignidad está vinculada a la finalidad constitucional y al texto constitucional, que se traduce en ser titulares de derechos y obligaciones de naturaleza social; como ya lo determinamos, compartimos con Atienza, que la dignidad humana debe enriquecerse con principios de la tradición social, para la cobertura de esas necesidades básicas y prioritarias de la persona.

Por último, la dignidad humana, hoy se entiende como característica de la pensión y al entenderlo así, los Estados están obligados a garantizar el riesgo social producto de la vejez, la invalidez o la muerte; por tanto, la pensión es un derecho social fortalecido desde la dignidad humana.

## Teoría de la realidad social

A partir de las realidades sociales, debemos dentro de los Estados, reconocer situaciones existentes que, por discriminación, contextos de violencia, se hace necesaria su protección, en procura de que la justicia repare las desigualdades que puedan generarse.

Las variaciones sociales, las transformaciones que se dan en la humanidad, los hechos y situaciones entre seres humanos, se articulan con el derecho y así se ha plasmado desde la sociología y, es precisamente la relación que se da entre la dinámica social y el derecho, lo que termina permeando el ordenamiento jurídico y generando normas, interpretaciones, derechos acordes a los cambios

sociales, a las situaciones de facto, ya que, de la correlación entre derecho y sociedad, es que se construye el cambio normativo.

En el libro *Derecho y Sociedad* de Mauricio García Villegas (2015), se analiza la relación entre el derecho y la realidad social, puesto que, al no relacionarse, podría generar brechas. Para García (2015), “el derecho es un espacio social en construcción, donde son posibles las luchas progresistas y donde se debe abordar la discusión frente a la conexión entre el derecho y la realidad social” (citado por Torres, 2023), esto es, no se pueden olvidar las relaciones cotidianas, la relación entre la sociedad, las diferentes formas de relacionarse, las acciones y reacciones en la interacción de los seres humanos en donde roles, grupos, colectivos, despliegan actuaciones, comportamientos, prácticas o situaciones que terminan influenciando la creación normativa, que terminan diciendo al legislador que hay cambios sociales, hay nuevos vínculos y formas, así como situaciones desde la sociología, que deben contribuir al derecho en sí mismo.

Concluyendo, entender desde el derecho la importancia de los cambios sociales, de la evolución constante de la sociedad, apreciar que los roles desaparecen o se crean, hace que las instituciones jurídicas deban adaptarse y/o ajustarse conforme las transformaciones sociales.

## Teoría de las categorías sospechosas

La Corte Constitucional colombiana, al referirse a tales categorías, estableció que corresponden a “la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales” (Corte Constitucional, sentencias T-416 de 2013); al determinarse como una categoría especial, lo que se pretende desde los ordenamientos jurídicos, es atacar la discriminación directa o indirecta.

Por ende, ha dicho la Corte que tales categorías, se fundan generalmente en: “(i) rasgos permanentes de la persona, de la cuál ésta no puede prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) se trata de características que han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas” (Corte Constitucional, sentencias T-416 de 2013 y 297 de 2013); conforme lo anterior, podemos determinar que son criterios que

colocan en desventaja a personas, grupos o colectivos por ser mujeres, negros, afrodescendientes, homosexuales, indígenas, niños, personas en condición de discapacidad, o pertenecer a grupos minoritarios, por lo que los Estados, la administración de justicia, la política pública, deben valorar la aplicación de acciones afirmativas contra cualquier clase de discriminación.

También, se puede determinar que, aquellos que se encuentren en debilidad manifiesta, deben estar protegidos, siendo conforme la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano: “una garantía a las personas en situación de indefensión, dado que las personas en situación de discapacidad, o por alteración de su salud, o de su capacidad laboral, estado de embarazo para las mujeres, son sujetos de especial protección constitucional” (Corte Constitucional, sentencia T-754 de 2012).

Una categoría se considera sospechosa, precisamente, por cuanto para el caso de personas, grupos o colectivos hay prácticas que tienden a subvalorar o a discriminar, y con ello, se violenta el principio de igualdad o se desconoce que se encuentran en debilidad manifiesta, y de allí que se les deba garantizar mayor protección desde el Estado, puesto que, de no protegerse, se estarían discriminando.

La Corte Constitucional, ha identificado ciertas categorías o criterios de diferenciación, que:

“al ser utilizadas para poner en práctica un trato diferenciado resultan sospechosas de discriminación negativa, caso en el cual el test integrado de igualdad se realizará en su intensidad fuerte; algunas que resultan parcialmente sospechosas o semi sospechosas de discriminación negativa, caso en el cual el test tendrá una intensidad intermedia; y, otras que son no sospechosas de discriminación negativa o neutras y que imponen la realización de un juicio débil de igualdad” (C-115 de 2017).

Frente a categorizarse de dicha manera, desde la administración de justicia y en el mundo del trabajo, se debe entender no la aplicación del principio de disposición o facilidad de la prueba (cargas de la prueba), sino por el contrario, como lo establece el profesor Leonardo Corredor Avendaño, es tener en cuenta como factores determinantes de discriminación que deberá valorar el juez en la aplicación de la norma o del procedimiento cuando se trate de temas pensionales, es decir, presunción de discriminación; sin embargo, para la Corte Constitucional colombiana, cuando hay discriminación, cuando se presentan casos de discriminación por orientación sexual diversa, deben generarse pautas para no

ser discriminado, ya que al operar la presunción de discriminación, debe darse la carga dinámica de la prueba, de tal suerte que, conforme a la sentencia T-068 de 2021: “se traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a la parte accionada, quien, al encontrarse en una situación de superioridad, tiene una mayor capacidad para aportar los medios probatorios que demuestren que su proceder no constituyó un acto discriminatorio, por lo que resulta insuficiente para el juez la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta”.

Lo anterior, nos sirve para concluir que, con fundamento en la igualdad y en la prohibición de no discriminación, no se permite violación a derechos fundamentales (Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2011 y C-673 de 2001), y al existir la categorías sospechosas, deberá valorarse la presunción de discriminación, y con ello aplicar la carga dinámica de la prueba en el entendido que: “corresponde a la parte más poderosa de la relación desvirtuar, a través de las pruebas, los señalamientos por actos discriminatorios” (Corte Constitucional, sentencia T-068 de 2021).

## **Las pensiones en contextos complejos**

Hoy, el ordenamiento jurídico reconoce, en Colombia, contextos complejos, generando derechos para salvaguardar derechos sociales, como lo es la pensión, esto es, una forma de materializar el derecho.

Por tanto, desde analizar, comprender o interpretar palabras, conceptos o instituciones jurídicas, cambia la aplicación normativa, ya que al tener en cuenta la dinámica social, las realidades, se generan reconocimientos y adjudicaciones que amplían la aplicación de la norma jurídica.

Se debe tener en cuenta, desde el derecho de las pensiones de cada país, la dignidad humana, la teoría de la realidad social y las categorías sospechosas, como insumos para resolver casos complejos.

## **La familia en las pensiones**

La Corte Constitucional colombiana, mediante sentencia C-577 de 2011, determinó que: “la familia es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evolución”; el concepto de familia es parte de la humanidad, pero a la vez, se encuentra en la carta política de 1991 y en las normas legales colombianas.

En el artículo denominado *Impacto del Enfoque Socio Jurídico en la Creación de las Categorías de Beneficiarios en la Pensión de Sobrevivientes en Colombia* (2023), Torres y otros, establecen que, la locución *familia*, proviene del latín *famulus*, que significaba “criado” y, de acuerdo con la obra *La Ciudad Antigua* de Fustel de Coulanges, procede del griego Συγγένεια, que significaba “lo que está cerca del hogar”.

Desde la sociología, podemos definir varias tipologías de familia, ya que la familia como institución, es la base de cualquier sociedad, pero entendida, que se conforma no de forma tradicional (hombre y mujer), sino de multiplicidad de maneras que generan derechos en seguridad social.

Desde la sociología, o conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la familia no es simplemente esa estructura exclusiva de un hombre y una mujer, sino, que se configura de complejidad y diversidad de situaciones y maneras, de allí que incluya, derechos a parejas o grupos heterosexuales y/o homosexuales; a la vez que se forme por personas divorciados, viudas o separadas; que se estructure por un hombre que se queda en la casa para asumir las tareas del hogar y el cuidado de los hijos; por personas que compartan o no el domicilio; por tías que adoptan sobrinos; también por parejas sin hijos; entonces, germinan familias como las nucleares, extendidas, ensambladas, unipersonal (cabeza de hogar), multigeneracional, nomo, natural, homoparental, monoparental, de crianza, entre muchas formas.

Lo anterior, nos muestra un panorama de la realidad social, la cual, sin importar el Estado, manifiesta que los lazos familiares se generan de diferentes maneras, y no solo de la forma tradicional, ya que las situaciones y los hechos, generan relaciones de amor, de afecto, de compromiso, de ayuda y de colaboración por fuera de los ritos católicos o jurídicos, que en últimas constituyen, desde lo fáctico, nuevas clasificaciones que terminan generando maneras de entender y aplicar las normas jurídicas.

Para la Corte Constitucional colombiana, estas modernas clasificaciones, forjan derechos, es así como, además de entender el concepto general de familia natural, cuyos vínculos son naturales, jurídicos o lazos consanguíneos, la Corte establece familias homoparentales, ya que precisamente en la sentencia C-577 de 2011, determina que la institución del matrimonio, regulada en el Código Civil y en la Constitución Política de 1991, debe valorarse desde una interpretación extensiva y no restrictiva, y al hacerlo así, se proveen muchos tipos de matrimonio, pues en palabras de la Corte, no se puede imponer un modelo de



moralismo jurídico heterosexual, concibiendo con ello, igualdad entre grupos heterosexuales y homosexuales; las monoparentales, que están conformadas por un solo progenitor al lado de sus hijos, esto es, madre o padre cabeza de hogar; las familias de crianza, en las que surgen lazos y nudos de afecto, de solidaridad y de colaboración, sin reconocimiento jurídico de derechos, puesto que son familias de facto (Corte Constitucional, sentencia T-070 de 2015); en la familia ensamblada, se conforma un nuevo grupo familiar a partir del amor, de la comprensión y de la dependencia, donde se reúnen padres e hijos o madres e hijos, para formar un naciente núcleo familiar entre todos y, hasta se tienen hijos del grupo conformado (Corte Constitucional, sentencia C-085 de 2019); la familia extendida, se establece por varios familiares diferentes a los padres, tales como: los abuelos, los tíos, los primos, los bisabuelos y demás parientes que tienen en común un vínculo de consanguinidad (Corte Constitucional, sentencia T-070 de 2015).

Al reconocerse las realidades desde del ordenamiento jurídico, lo que hace la norma es extender el ámbito de aplicación y en este caso ampliar el grupo de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de tal manera que, al reconocer nuevos participantes, hay mayor garantía para quienes puedan sufrir o verse afectados por la muerte.

Recordemos que, los beneficiarios parten del grupo familiar, ya que por razones consanguíneas o jurídicas, eran los llamados a sobrevivir al *de cuius*. Desde las normas, se les brindara protección económica y social para no quedar desprovistos económicamente.

La pensión de sobrevivientes, responde a principios tan importantes como la estabilidad económica y social para los allegados del causante, la reciprocidad entre causante y allegados, la solidaridad familiar, la condición más beneficiosa, los elementos materiales para definición de beneficiario y el interés superior del menor (Corte Constitucional, sentencias C-002 de 1991, SU-108 de 2020 y T-018 de 2022); consecuentemente, además de los principios, las normas responden a particularidades para prescribir ¿a quién? y ¿por qué? se le puede sustituir un derecho pensional, permitiendo con ello, pensiones de viudedad, orfandad, sustitución pensional o pensión de sobrevivientes.

En la mayoría de los países, así como en Colombia, de forma tradicional, tenía derecho a esta clase de pensiones, la esposa, pues se valoraba el vínculo religioso católico, también tenían derechos los hijos naturales o consanguíneos, los padres y hermanos, estos últimos por consanguinidad. Sin embargo, al reves-

tirse el ordenamiento jurídico por la cotidianidad social, nacen familias de facto, grupos donde el elemento en común es el amor, la compañía, la protección, la colaboración y el apoyo, entendiendo que las relaciones familiares, van más allá de una correspondencia jurídica o consanguínea.

En Colombia, a partir del año 2016, se reconocen categorías de hijos, como son los de crianza y aportados. Creación que se fundamenta en situaciones de hecho, en la generación de derechos a partir de vínculos de amor, de afecto, de comprensión, de cuidado y de dependencia, que generan igualdad de derechos en las pensiones respecto de los hijos consanguíneos.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para la existencia de los hijos de crianza, debe haber reemplazo de la familia de origen, pero a la vez, producirse lazos de afecto, de protección, de comprensión y de dependencia; sobre todo, debe establecerse un rol, esto es, reconocerse como padres e hijos con carácter de permanencia dentro de la familia, tal y como lo describe la sentencia SL-1939 de 2020.

Para la Corte Constitucional, la familia de crianza tiene derechos patrimoniales, como cualquier clase de familia, en la que puede o no existir parentesco de consanguinidad, pero donde la igualdad de condiciones, materializa la solidaridad familiar, ya que lo que se valora es el afecto, el respeto, la comprensión y la protección, pero necesariamente hay reemplazo de la figura paterna o materna; debe existir dependencia económica; debe haber relación padres e hijos y la existencia de un término razonable de relación, tal como lo predica la sentencia T-279 de 2020.

Igualmente, lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia al decir que, frente a las familias de crianza, debe existir reemplazo de familia de origen, producirse vínculos, y reconocer lazos de padres e hijos ante la sociedad; esto es, relaciones de solidaridad y de afecto en un ámbito familiar con carácter de permanencia. Así lo determina la sentencia SL-1939 de 2020.

De igual forma, se han instituido padres de crianza y aportados; respecto de ellos, la Corte Constitucional estipula que son aquellas personas que se comportan como auténticos padres, que asumen el rol de padres sin serlo, que desarrollan relaciones familiares con personas que no responden a una relación familiar consanguínea o jurídica, esto es, que desde el trato diario hacia un tercero, acogen a personas y los consideran hijos. Ejemplo de ello, se encuentra en las sentencias T-354 de 2016, C-107 de 2017, T-281 de 2018, T-279 de 2020, entre otras.

También, a partir de las situaciones de facto, nacen a la vida jurídica, familias poliamorosas. Al incluir esta categoría, lo que la doctrina y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral suscitan es que, las pensiones deban pensarse desde el grupo de beneficiarios respecto de la pareja, donde puede corresponder a un solo individuo heterosexual u homosexual, o puede responder a varios, de forma plural, según soliciten el reconocimiento de derechos en la sustitución pensional, entendiendo las relaciones de tipo poliamoroso: “como aquellas donde las personas *«están o prefieren estar involucradas en más de una relación íntima, a la vez en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas»* (SL-2151 de 2022).

Por ende, no hay singularidad en la unión, pues pueden existir relaciones conjuntas, comoquiera que desde el derecho pensional, pueden existir compañeros permanentes simultáneos, que pueden ser por separado o unificado, por lo general, consensuado; por tanto, una pareja y/o grupo puede decidir ser exclusiva (monógama) o poliamorosa, pero dicha decisión, debe valorarse para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, no creer que, es regla moral la monogamia y la única forma de acceder a la pensión.

Lo que esta clase de pensiones protege son los diferentes grupos familiares, que en temas pensionales pueden ser plurales, pues diferente al derecho civil, no priman los vínculos contractuales o patrimoniales, sino que se espera amparar a aquellas esposas o compañeras permanentes que se quedan sin resguardo económico, en el entendido de que existe igualdad de derechos entre personas que puedan vivir o no en residencias separadas, de allí qué: “exigir por ende, la singularidad del hogar, es incurrir de manera flagrante en una interpretación heteronormativa definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como aquella que «envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos», incurriendo de forma implícita, en una discriminación de facto” (SL-2151 de 2022).

Todo lo anterior, lo que hace es, cambiar el panorama para el reconocimiento de la pensión, ya que se amplía el grupo de beneficiarios al tener en cuenta las variaciones sociales y el desarrollo del grupo social que, en Colombia cobija diferentes categorías de hijos, familias, padres, y a grupos monógamos, como plurales y también poliamorosos.

## El género en las pensiones

Marta Lamas citando a Talcott Parsons (2000), establece que: “el matrimonio y la familia que se derivaba de él, funcionaban gracias a la presencia de una serie de vínculos de apoyo mutuo tanto económicos como afectivos, en los que la capacidad del hombre para el trabajo instrumental (público, productivo, o gerencial) se complementaba con la habilidad de la mujer para manejar los aspectos expresivos de la vida familiar y la crianza de los hijos”.

Desde este primer aspecto, se generaban una especie de estereotipos sociales para hombre y mujeres a partir de la biología, y cualquier modificación, era vista como desviación, recuerda Lamas. Margaret Mead, citada por Lamas, determina que “*el género*” es una construcción social, esto es, un fenómeno cultural, ya que: “El hecho de vivir en un mundo compartido por dos sexos puede interpretarse en una variedad infinita de formas” (Lamas, p. 2); conforme lo anterior, la sociedad, las normas y las relaciones, eran impuestas por la representación, por el proceder y la manera de pensar masculina y biológica, sin detenerse en posibles variaciones, pues el sentir del ser humano, no es solo hombre o mujer, en otras palabras, los sistemas de género, se fundan en el reconocimiento de la igualdad, de las asignaciones funcionales binarias, de los roles sociales de hombre y mujer, tal como dice Lamas, son un: “medio de conceptualización cultural y de organización social”.

Para Rosa Cobo Bedia (2005), cuando se habla de género, se refiere a cultura y a construcciones masculinas y femeninas, por tanto, cualquier trato discriminatorio y ausente de igualdad en las relaciones, hace que se creen políticas, mediante acciones afirmativas, a favor de quienes son discriminados, pues debe buscarse tanto igualdad formal como material, dada la discriminación, histórica y sistemática, especialmente hacia la mujer.

Desde el derecho del trabajo, se ha discriminado a la mujer, se le ha rechazado y segregado; figuras como el techo de cristal, los pisos pegajosos, el trabajo de cuidado (reproductivo), cargas adicionales, terminan mostrando la desigualdad hacia la mujer, de allí que: “No se puede gobernar ni impulsar una buena administración pública simplemente respondiendo con una normativa jurídica que consagre la igualdad entre hombres y mujeres; se necesitan medidas proactivas, afirmativas, que detecten y corrijan los persistentes, sutiles y ocultos factores que ponen a las mujeres en desventaja frente a los hombres, provocando que quienes las evalúan y contratan, tengan dudas sobre sus capacidades políticas o laborales”. (Lamas, p. 2).

El inconveniente parte en que, en temas pensionales, las normas no favorecen a la mujer por tener una construcción heterosexual, pues la mayoría va direccionada al binario hombre-mujer, por ende, las normas pensionales están llamadas a crearse desde la perspectiva y el enfoque de género, para entender a la mujer dentro de la seguridad social, pero a la vez, deben representar a las personas como se reconocen o perciben, ya que no hay un género, sino géneros. La tarea del derecho es ser incluyente en igualdad de derechos de hombres y mujeres, pero a la vez, entender los diferentes géneros, la inclusión de minorías y de grupos.

Cuando la Corte Constitucional, declaró inexecutable un aparte de la Ley 797 de 2003, en la que se equiparaba el mismo número de semanas, tanto para hombres como para mujeres, el fundamento para sacar la norma jurídica del ordenamiento colombiano, consistió en tener en cuenta la histórica inequidad que padecen las mujeres, la brecha de género, la desigualdad entre hombres y mujeres, la informalidad, la discriminación en el ámbito laboral, la invisibilidad del trabajo no remunerado, el trabajo de cuidado realizado por lo general por mujeres, todas ellas, generan discriminación por razones de género y se violenta por ello el derecho pensional y la seguridad social, por lo que debe eliminarse cualquier forma de discriminación directa o indirecta; no se puede, exigir el mismo número de semanas a hombres y mujeres, ya que puede considerarse una barrera, al no tener la norma enfoque de género (Corte Constitucional, sentencia C-197 de 2023).

En esta misma línea, desde la identidad de género, la Corte Constitucional colombiana desarrolla pensiones para *personas trans*, es así que, en sentencias como la SU-440 de 2021, el respeto a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género, son componentes para el reconocimiento de una pensión de vejez de naturaleza contributiva.

Al respecto, la identidad de género es un derecho y, en Colombia de categoría fundamental innominado, que se relaciona directamente en la construcción del proyecto de vida; es la manera de autopercebirse, de entenderse y reconocerse. La identidad, es el derecho de como reconocen a una persona en correlación con la dignidad humana.

Además de la biología, las personas desde su intimidad, a partir del libre desarrollo de la personalidad, desde la igualdad, pueden determinarse de forma autónoma y sin discriminación, por lo que la Corte citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que: “es el derecho que le asiste a toda persona de construir, desarrollar y expresar su vivencia de género de

manera libre y autónoma, así como de reivindicar para sí la categoría social identitaria que mejor la represente”. Por tanto, en la identidad de género, se unen la facultad de desarrollarla, su expresión y la prohibición de no discriminación (Corte Constitucional, sentencia SU-440 de 2021).

El desarrollo de la dignidad en palabras de Atienza, concierne con construcciones íntimas y privadas, de allí que, las normas no puedan ser únicamente direccionadas a sexo biológico o se imponga una única manera de sentir o actuar, en otras palabras:

“Existe un *“universo”* de identidades de género que no son susceptibles de categorizaciones exhaustivas debido a que la significación de las categorías de género fluctúa constantemente ante la *“posibilidad de ser revaluadas a partir de la experiencia personal y del discurso aceptado por el colectivo social”*. La Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han clasificado las vivencias y experiencias, en función de su correspondencia con determinadas normas de género socialmente establecidas, en: (i) identidades *“cisgénero”*, (ii) identidades de género *“diversas”* e (iii) identidades *“ancestrales”* (Corte Constitucional, sentencia SU-440 de 2021).

Por tanto, las pensiones, pueden reconocerse a partir de la identidad cisgénero, o entender las identidades trans, esto es, teniendo en cuenta que su reconocimiento, no parte del nacimiento, sino que pueden ser mujeres trans y/o hombres trans, pues lo importante es el reconocimiento como construcción social, más allá de un hecho biológico.

Para la Corte Constitucional colombiana, las personas trans, tienen derecho al reconocimiento jurídico de su identidad de género, en el entendido de que en temas pensionales, deba manifestarse el respeto a derechos y, este grupo de personas, reciban un tratamiento en el que esté inmersa tal protección y garantía; por tanto, al establecer y diferenciar la norma edades para pensionarse para hombre y mujer, como en el caso colombiano, que es 57 mujer y 62 hombre en pensiones de naturaleza contributiva, se constituye una categoría binaria que determina que frente a la mujer, debe existir el mismo trato, de allí que, tanto las mujeres cisgénero como las mujeres trans, posean iguales derechos y no puedan ser discriminadas.

De otra parte, el *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y Sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (2020), definió como un atributo jurídico, el reconocimiento de la identidad de género, pero además,

precisó, que existen personas que no se identifican en ninguna categoría, no se autoperciben como nacieron, o no se identifican como hombre o como mujer, denominadas personas de género no binario (agénero).

Las edades pensionales se establecen de diferente manera, o igualando las edades entre hombres o mujeres o diferenciado dichas edades, pero por lo general, se determinan a partir de diferencias desde el sexo biológico; no obstante, hay personas que no pueden encasillarse en estas construcciones y, por el contrario, se reconocen por fuera de la tradición o de los convencionalismos sociales.

Canadá, además de lo binario, tiene género no binario; otros países han creado la categoría tercer género o no binario, como son Bangladesh (2007), Nepal, India (2014), Países Bajos (2019), Nueva Zelanda (2021), y en Colombia, mediante la sentencia de la Corte Constitucional T-033 de 2022, se ordenó al Estado, incorporar el sexo no binario en la identificación oficial.

Igualmente, España en el año 2007, instauró la Ley identidad de género; Argentina, para el año 2012, estableció la Ley de identidad de género, y para el año 2021, mediante el Decreto 476, estableció tres opciones y; países como Alemania, Francia y Dinamarca, brindan igualdad de derechos.

Para la Corte Constitucional, entre las identidades transgénero, está el género no binario, el cual se entiende como: “Personas que no se identifican con el género que les fue asignado al nacer, pero que pueden o no identificarse a sí mismas como “trans”, ni con ninguna de las categorías identitarias convencionales. Entre estas identidades se encuentran las personas que se identifican como personas no binarias, o bien personas de género no binario (o gender-queer, sobre todo en contextos anglófonos) entre muchas otras posibilidades” (Corte Constitucional, sentencia SU-440 de 2021).

Igualmente, en la sentencia T-033 de 2022 se concluye, que las personas de género no binario, tienen derecho a las personalidad jurídica e identidad de género diversa, pues debe haber coexistencia armónica de la diferencia, y no pueden existir tratos discriminatorios sustentados en el sexo o en el género, pues recordemos que, entre el derecho de autopercibirse, se encuentran elementos como la posibilidad de desarrollarla, de expresarse individual y socialmente, y la prohibición de no discriminación.

Agueda Gómez Suárez, en el texto *“Tercer Género y Etnicidad en América Latina”* (2013) señaló que: “el sistema sexo/género de una sociedad no obedece a un orden ‘natural’ dado, sino que es un ‘producto de la cultura’ y, por tanto, es temporal y cambiante. Existen diferentes ‘culturas sexuales’, que determinan

los modos de ser hombre y ser mujer (...) [y] los sistemas sexo/género son representaciones culturales, (...) que responden a relaciones históricas y sociales” (también en la sentencia T-033 de 2022) y, de allí que, con igualdad de derecho, deberes y obligaciones, se construyan derechos a personas con género no binario.

Eso hace que, los sistemas pensionales al contemplar la diferencia de edad entre hombres y mujeres, tengan en cuenta otras categorías, que permitan desarrollar los derechos de los diferentes géneros, ya sea que se equipare la edad pensional para todos, o se diferencie aquellos de hombre y mujer, o se edifique la diferenciación para las personas con género no binario.

De otra parte, desde la diversidad sexual, debe entenderse, que la heterosexualidad no es una imposición legal o el único elemento primordial de la familia; la familia se puede conformar de diversas maneras, en las que tienen cabida, las uniones homosexuales, ya que al desconocérsele derechos, se les vulnera el derecho a la igualdad (Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011), por tanto, las familias heterosexuales tienen los mismos derechos que las familias homoparentales, en donde los representantes del grupo, tienen el mismo sexo (dos hombres o dos mujeres).

En Colombia, la igualdad de derechos en temas pensionales, data del año 2007 (Corte Constitucional, sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007 y C-336 de 2008), sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo *Duque vs. Colombia*, del 26 de febrero de 2016, condenó a Colombia por no reconocer una pensión de sobrevivientes, por tratarse de una pareja del mismo sexo.

Para la Corte, al darse un trato diferenciador, se violenta la igualdad, y se genera trato discriminatorio, el cual está prohibido en diferentes instrumentos internacionales; en dichos casos, los Estados están obligados a realizar acciones afirmativas para evitar la discriminación, por ello, no es permisible el trato diferenciado por orientación sexual, tal y como se consagró en la Observación General número 20 del Comité de DESC de la ONU, que reseña que las preferencias sexuales de una persona, no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos. Asimismo, en la Observación encontramos que: “La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo, son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos” (Observación General núm. 20).

Entonces, para finiquitar, el género y las identidades de género, requieren instrumentos para hacerse efectivos, por lo que, el enfoque de género y la perspectiva



de género, toman vital importancia. Para la profesora Natali Niño Patiño (2019), aquellos materializan los derechos humanos, por consiguiente, los enfoques, son herramientas metodológicas para revisar situaciones o problemáticas con una mirada diferente, con relación a los problemas de las mujeres.

Conforme con lo anterior, al estar frente a género, frente a mujeres, deben identificarse elementos diferenciadores, para considerar acciones afirmativas contra la discriminación, siendo una manera, la utilización e identificación de categorías sospechosas, en procura de una protección focalizada. La perspectiva de género, contribuye para implementar: “dentro de la política pública la inclusión de los problemas específicos de la mujer”, por ello, que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en temas como la pensión de sobrevivientes, deje de lado requisitos de la norma, como la convivencia, para valorar situaciones como el divorcio, el maltrato, el trabajo de cuidado y las agresiones físicas, entre otras.

En sentencias como la SL-1130 de 2022, se valoró el maltrato a la mujer y la drogadicción del causante; la separación de la pareja obedeció, a que la mujer era víctima de maltrato, por tanto, el tiempo pedido a los convivientes en la norma no se cumplía, de allí que, al observar que la separación no obedecía a la voluntad o consenso, sino que aconteció producto de condiciones o situaciones complejas, como lo es la violencia en el hogar, dicho acto no implica la pérdida del derecho, pues debe tenerse en cuenta la perspectiva de género en los fallos judiciales.

La violencia intrafamiliar, es violencia de género contra la mujer, así, en la sentencia SL-1727 de 2020, se reseña que deben realizarse acciones afirmativas y la evaluación y apreciación de posibles escenarios de discriminación que afecte a las partes, ya que lo que pretende el juez es:

“identificar y manejar, las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niños, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa” (CSJ STC2287 de 2018).

En la misma línea, la sentencia SL-1727 de 2020, estableció que en casos de divorcio como producto de violencia, debe reconocerse el aporte de la mujer en el trabajo reproductivo. Al tiempo, debe valorarse el trabajo no remunerado

y de cuidado que realizó la mujer por muchos años dentro del hogar; por ende, nos recuerda la sentencia, que las leyes pensionales en Colombia, deben incorporar una categoría para definir derechos bajo una óptica de género, por lo cual, los estereotipos frente a hombres y mujeres, van en contra de la igualdad, y el objeto de la igualdad, no es discriminar a las mujeres, quienes han sido víctimas de violencia de género por maltrato físico y psicológico.

## La solidaridad familiar

La solidaridad es propia de las sociedades, del actuar del ser humano pensando en bienestar colectivo, en la colaboración, en la fraternidad entre personas y la mutua ayuda.

Es deber de los Estados, el asistencialismo social, convirtiéndose en una característica integradora de los derechos sociales y en un elemento de los Estados sociales, socialdemócratas y/o constitucionales.

Sergio I. Carbajal (s.f.), invita a pensar en la solidaridad social para combatir la desigualdad y la exclusión, contra el marco neoliberal internacional y los pensamientos individualistas, por contera, las reformas económicas y políticas, transforman las políticas de bienestar, empero, debe pensarse en política pública que mejore la calidad de vida (pg. 47); deben analizarse pautas universales de acuerdos solidarios, así como la viabilidad de políticas sociales, es decir, es necesaria y urgente, la aplicación de valores sociales (pág. 53).

La solidaridad es un hecho social y una aspiración ideológica. Se traduce en incorporar a la sociedad un deber moral, tan es así que, para León Duguit: “Los hombres en sociedad son semejantes y los une la igualdad”, en consecuencia, debe haber solidaridad desde la diferencia, el actuar social debe aportar a la vida social y, le nace al Estado y a la sociedad, deberes obligaciones.

Recordemos que, hay varias clases de solidaridad, y entre ellas, encontramos la social, la familiar, la generacional, la mecánica, que se refiere a los conocimientos tradicionales en una comunidad, la orgánica, que es la cooperación por especialización en el trabajo, y también, está la solidaridad colectiva.

En temas pensionales, la solidaridad en Colombia, se ve contemporáneamente en las pensiones de viudedad, de orfandad (sobrevivientes); también vemos reflejada la solidaridad familiar en la pensión especial de vejez.

La solidaridad familiar en temas pensionales, se entiende como la reciprocidad entre el causante y sus allegados, dado que la pensión de sobrevivientes es un

derecho, de allí que, se hable de familias de crianza, como en la sentencia de la Corte Constitucional T-279 de 2020, en la que se tuvo en cuenta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PIDESC, y la Constitución Política colombiana, pero todo fundamentado desde la solidaridad que hace que se moldeen lazos afectivos y relaciones de facto en las que se asumen obligaciones y deberes, sin ninguna clase de relación jurídica o consanguínea, que se traduce en vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección.

De igual manera, se ve en la sentencia de la Corte Constitucional SU-543 de 2019, en la que se revisó la pensión de sobrevivientes reconocida a un joven estudiante; con fundamento en el principio de solidaridad familiar (artículo 251 del Código Civil), se generan deberes de reciprocidad familiar, prestar socorro, la protección mutua entre padres e hijos, el acompañamiento necesario, y al ejercer dicho principio, pues el estudiante queda relegado de ejercer actividades académicas; en el entendido de que dejó de estudiar para cuidar a sus padres, los requisitos legales exigidos se interpretan de manera diferente, ya que se valoran los lazos de amor por encima de la norma jurídica.

Importante mencionar, que la solidaridad se relaciona con el ejercicio de los derechos y no solo está en cabeza del Estado, sino también de la sociedad, pues tenemos varias acepciones de solidaridad, y esto impone deberes-obligaciones tanto al Estado, como a los miembros de la sociedad.

Conforme lo anterior, la solidaridad tiene varias aristas, sin embargo, la analizada es la solidaridad familiar, que se establece mediante el reconocimiento de prestaciones económicas y asistenciales a los diferentes grupos (trabajadores públicos y privados y a sus familias), comoquiera que, termina siendo un derecho fundamental; la solidaridad no solo es un derecho sino a la vez, también un deber; por lo expuesto, en las pensiones contributivas, se piden requisitos determinados en las normas, empero, lo relevante de utilizar instrumentos o herramientas como los principios o la interpretación, es que se valora la dignidad humana, en el entendido de que debe primar la cobertura de necesidades vitales.

Del mismo modo, en la pensión especial de vejez, que es contributiva, la normativa colombiana reconoce la importancia de que frente a los padres o madres trabajadores, así como respecto de los afiliados al sistema de seguridad social, se flexibilicen los requisitos y puedan solicitar pensiones anticipadas, al apreciarse situaciones diferentes a la edad y al tiempo para pensionarse.

Para el legislador colombiano del año 2003, en temas pensionales, fue relevante establecer parámetros de solidaridad familiar de padres a hijos, pero no sobre

cualquier clase de hijos, sino especialmente sobre aquellos que están en estado de invalidez, de allí que, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003 se contempló como objetivo, el de: “facilitar la rehabilitación, cuidados y atención que requiere el niño deficiente o discapacitado en orden a proporcionarle una digna calidad de vida en el interior de su núcleo familiar” (Gacetas del Congreso de la República 428 y 508 de 2002); asimismo, en el proyecto se prescribió que la: “preocupación y el amor de los progenitores es un elemento fundamental para el bienestar, desarrollo y rehabilitación del menor minusválido” (Corte Constitucional, sentencia T-889 de 2007) y, precisamente ello, es la solidaridad familiar.

## Conclusiones

A partir de que los Estados reconocen la pensión, no como una simple prestación, sino como un derecho, desde los ordenamientos jurídicos de los países y desde el *corpus iuris internacional*, la pensión se constituye en la materialización de derechos humanos sociales.

Los elementos de la pensión están descritos en varias normas jurídicas internacionales, como Convenios de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y las Observaciones Generales del Comité de DESC, entre otros.

Las pensiones son un derecho humano.

Teniendo en cuenta las realidades sociales, contextos como la no discriminación, la violencia, los enfoques diferenciales, las relaciones familiares, las nuevas formas de familia, entre otros, se mezcla el derecho y la sociología, para entender y aplicar, que los sistemas de seguridad social deben garantizar pensiones mucho más allá de parámetros legales.

La dignidad humana, de forma contemporánea, impregna las pensiones, y al hacerlo, conforme Manuel Atienza, nace la condición del derecho a tener derechos.

La dignidad humana, y la teoría de la realidad social y de las categorías sospechosas, se utilizan en temas pensionales, para razonar que la norma debe ser dinámica y cambiante, pero que al aplicarse, deben realizarse acciones afirmativas, esto es, recurrir al concepto de justicia material, para desterrar cualquier clase de discriminación.

De forma contemporánea, las pensiones se gestan en contextos complejos, puesto que las instituciones jurídicas deban adaptarse y/o ajustarse en

consonancia con las transformaciones y las realidades sociales; por lo anterior, evoluciona el concepto de la familia, se aplican el género, la identidad de género y otras figuras en las pensiones; a la vez, la solidaridad se desarrolla de diversas formas, y una de ellas, es la solidaridad familiar.

La doctrina y la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, han servido como insumos, para implementar los cambios sociales en las normas pensionales.

## Referentes bibliográficos

Almendros González Miguel Ángel (2005), *la Protección Social de la Familia*, editorial Tirant Lo Blanch, España.

Arenas Monsalve Gerardo (2018), *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, cuarta edición, editorial Legis, Colombia.

Atienza Manuel (2022), *Sobre la Dignidad Humana*, editorial Trotta, Madrid, 2022.

Carbajal Sergio, *Para Pensar en La Solidaridad Social*, Facultad de Humanidades INSA, revisado en junio de 2023, en la página:

<http://portalderevistas.unsa.edu.ar/ojs/index.php/cdh/article/viewFile/549/530>

Castañeda Mireya (2015), *El Principio Pro Persona*, publicado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

Cobo Bedia Rosa (2005), *El Género en las Ciencias Sociales*, cuadernos de trabajo social, vol. 18, pg. 249, España.

De Lucas Javier (2008), *El Concepto de Solidaridad*, segunda impresión, Distribuciones Fontamarra, S.A., D.F., México.

Duguit León (2021), *Soberanía y Libertad*, ediciones Olejnik, Chile.

García Villegas Mauricio y Rodríguez César A. (2003), *Derecho y Sociedad en América Latina -Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Ediciones Antropos Ltda., Colombia.

Gómez Suárez, Agueda (2013), “*Tercer Género y Etnicidad en América Latina*”. En: VALCUENDE DEL RÍO, José María et. al. (Coords), *Estudios Sobre Diversidad Sexual en Iberoamérica*, Aconcagua Libros, España.

Lamas Marta (s.f.), *La Perspectiva De Género*, Revista de Educación y Cultura, revisado en mayo de 2023 de la sección 47 del SNTE <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm>

Lamas Marta (2020), *El Género- La Construcción Cultural De La Diferencia Sexual*, editorial Porrúa, México.

Muñoz Ana María (2012), *La Constitución de 1991 y La Seguridad Social*, Universidad de Los Andes, Colombia.

Niño Patiño Natali (2019), *Perspectiva y Enfoque de Género: Herramienta Para La Toma De Decisión Judicial* en Revista: Temas Socio Jurídicos Vol. 38 No 77 Julio – Diciembre, Colombia.

Ruíz Moreno Ángel Guillermo (2020), *Las Pensiones. El Gran desafío Pendiente en México*, Editorial Tiran Lo Blanch, México.

Santana Londoño María Victoria (2012), *La Seguridad Social en Colombia: Un Derecho Fundamental*, ediciones Unaula, Colombia.

Torres Tarazona Luis Alberto (2018), *Aproximaciones a la Seguridad Social. Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales*, segunda edición, Colombia.

Torres Tarazona y otros, (2023), *Impacto Del Enfoque Socio Jurídico En La Creación De Las Categorías De Beneficiarios En La Pensión De Sobrevivientes En Colombia*, en el libro Consideraciones de la Especialidad Laboral y de la Seguridad Social VII, Universidad Libre, Colombia.

## **Sentencias, Corte Constitucional:**

C-002 de 1991

SU-1354 de 2000

C-673 de 2001

T-227 de 2003

C-075 de 2007

C-811 de 2007

T-889 de 2007

C-1000 de 2007

C-336 de 2008

T-191 de 2009

C-577 de 2011

T-909 de 2011

T-319 de 2012

T-754 de 2012

T-070 de 2015

T-046 de 2016

C-085 de 2019

SU-543 de 2019

SU-108 de 2020

T-279 de 2020

T-018 de 2022

T-033 de 2022

## **Sentencias, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral:**

CSJ STC2287 de 2018

SL-1727 de 2020

SL-1130 de 2022

SL-2151 de 2022

## **Entrevistas:**

Leonardo Corredor Avendaño

Natali Niño Patiño

## **Otros:**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, del 7 de agosto de 2020.

Convención Americana de Derecho Humanos.

Convenio 102 de la OIT.

Gacetas del Congreso de la República 428 y 508 de 2002.

Ley 100 de 1993.

Ley 797 de 2003.

Observación General 20 del Comité de DESC.

PIDESC.





# 2

## Seguridad social y migrantes en Iberoamérica, en particular Chile

*Hugo Cifuentes Lillo<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Doctor en derecho; abogado; profesor de seguridad social de la Universidad Católica de Chile; miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y; delegado de la OISS en Chile.



## Resumen

Este artículo, presenta la situación de la migración, cada día más relevante en el mundo y en el espacio iberoamericano, y como la seguridad social con sus prestaciones contributivas y de protección social, incorpora a las personas trabajadoras extranjeras y a sus familias en condiciones de igualdad de trato que a los nacionales, tal como lo reclama la doctrina, los instrumentos multilaterales, tanto generales como específicos, en particular, los convenios de seguridad social, entre ellos, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS).

## Introducción

La migración es un reto no menor para la seguridad social, especialmente por las exigencias que impone el principio de la universalidad, en particular en su aspecto subjetivo, así como también, el principio de la solidaridad: todos debemos contar con aseguramiento social, tanto en el ámbito contributivo, como en el no contributivo de protección social. Cuando decimos todos, nos referimos también, a los extranjeros que se encuentran en el territorio de un Estado que no es el suyo, tal como lo demandan los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, oír cierto, las constituciones nacionales modernas. Y en este trabajo, nos referimos a los extranjeros que ingresan al territorio de un Estado, con fines no turísticos, sino por permanencia mayor de tiempo, en particular por trabajo.

Frente a la movilidad transnacional de trabajadores y sus familias, cada vez más creciente, es necesario revisar de forma descriptiva y analítica, los conceptos de migrantes y los instrumentos multilaterales, regionales y bilaterales, que abordan la cuestión de continuidad y de coordinación normativa entre Estados, para asegurar prestaciones a los trabajadores extranjeros y a sus familias, mientras permanecen en un tercer Estado, lo mismo que cuando retornan al propio o a una tercera nación. Ello es, el objeto de este artículo.

El estudio de esta temática, tiene implicaciones relevantes en diversas áreas de las políticas públicas económico, sociales y culturales y, por cierto, en el derecho. En esta ocasión, nos referiremos a las cuestiones relativas a la seguridad social, dejando de lado las de política migratoria y de derecho laboral.

El desarrollo del trabajo, se centrará en relacionar conceptualmente migración con los aspectos claves del derecho internacional de la seguridad social (que cada vez adquiere mayor configuración), destacando los instrumentos que a nivel global enfrentan esta situación, así como los convenios específicos, bilaterales y multilaterales que, conformándose a la legislación de los Estados Parte, ofrecen vías de aseguramiento de la necesaria protección de los trabajadores migrantes. Revisaremos las principales coordenadas de los convenios bilaterales y multilaterales, con una bajada específica al caso de Chile, por ser el más conocido para este autor. A la vez, el Convenio Multilateral Iberoamericano (CMIS), ocupará un espacio en el estudio, por constituir el esfuerzo más relevante de integración en seguridad social previsional, en el espacio de los países Iberoamericanos. Concluiremos, con el señalamiento de algunos retos que deja el análisis más o menos general que efectuaremos en el segmento permitido de esta publicación.

Para el desarrollo del trabajo, serán fuentes de apoyo los instrumentos internacionales de seguridad social, los convenios bilaterales y multilaterales de la materia; los estudios desarrollados por la doctrina y por la Organización Iberoamérica de Seguridad Social (OISS), entre otros. A la vez, consideramos trabajos efectuados por el autor, de forma individual o en equipo, algunos aún sin publicar en la materia y otros que han sido elaborados como de materiales de apoyo a la docencia académica.

## Migración y seguridad social

### Migrante, extranjero y nacional

Como cuestión inicial es relevante precisar, a qué nos referimos cuando decimos “*migrantes, extranjeros, nacionales y o ciudadanos*”<sup>1</sup>. En lo que respecta a este estudio, sostenemos que son extranjeros, los que carecen de la nacionalidad del

---

<sup>1</sup> En el caso de Chile el Código Civil (Art. 56) establece que: “*Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros.*” Por su parte, “*nacional*” es el natural de una nación, que según el art. 10 de la Constitución (CPR) vigente a la fecha, son los nacidos en el territorio chileno, los hijos de padre o madre chilenos, los extranjeros que obtienen carta de

país al cual se trasladan, sin perjuicio de que pueden tener algún estatuto jurídico que les habilite para encontrarse en país diferente al suyo (del cual son nacionales), como es el caso de funcionarios diplomáticos, consulares, de empresas de transporte, terrestre, marítimo o aéreo, trabajadores desplazados en virtud de facultad contenida en un convenio de seguridad social, como también los extranjeros residentes que no han alcanzado la nacionalidad<sup>2</sup> (Cifuentes, 1998).

En muchas oportunidades, los trabajadores migratorios, aspiran a obtener la nacionalidad del país de acogida al instalarse con ánimo de residir en él, pudiendo llegar a contar con el estatus de nacional de ese país, cumpliendo con lo requerido en dicho estatuto jurídico, por medio de la Carta de Nacionalización<sup>3</sup>.

El *migrante* al que nos referimos, es el que se desplaza, solo o con familia, de un país al territorio de otro, con ánimo de permanecer en él, generalmente por causas económicas, sociales o políticas y que integra el genérico *extranjero*. Es decir, aquel que *emigra* (salir, en este caso de su país, para establecerse en otro) o que *inmigra* (llegar a un país extranjero para establecerse en él), con el interés de instalarse definitivamente o por un tiempo más o menos prolongado, para trabajar en el país de acogida<sup>4</sup>. En todo caso, hay personas que migran con el solo fin de residir en otro país, sin ánimo de trabajar, como es el caso de muchos de los pensionistas o rentistas.

---

nacionalidad y los que la tienen por gracia (la que requiere la tramitación de ley especial). Por su parte, el carácter de ciudadano se asocia con el nacional y o residente, y que, según el art. 13 de la CPR, son los chilenos que han cumplido los 18 años sin haber sufrido pena aflictiva. Los extranjeros avecindados con más de cinco años, y que cumplen con los requisitos correspondientes, pueden ejercer el derecho a sufragio (art. 14 CPR).

- 2 España por el art. 1,1, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, se consideran extranjeros los que carezcan de la nacionalidad española. Al respecto, revisar: Arellano (2015), en particular p. 33.
- 3 La nacionalidad puede tener su fuente, sea natural, que en Chile corresponde al art. 10 n.º 1 (*ius soli*) y n.º 2 (*ius sanguini*), o bien de manera legal, art. 10 n.º 3 (carta de nacionalización) y (por gracia). Cuestión distinta a la que podría ocurrir con los hijos de los migrantes, quienes sí podrían adquirir la nacionalidad conforme fuente natural, a saber, *ius soli*. Dado que serán hijos de migrantes, sus padres pierden la categoría de extranjero transeúnte, por lo que son susceptibles de adquirir la nacionalidad. Con todo, ellos podrán renunciar a esta nacionalidad (DS N° 5.142, Interior, de 1960).
- 4 Para el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) “Migrante” es aquel que ‘migra’; es decir, dejar [una persona] su lugar de residencia para establecerse temporal o definitivamente en otro país o región. Emigrante, es la persona que vive en un país o región que no es el suyo propio de origen (RAE).

A nivel del derecho internacional comparado, resulta necesario traer a colación lo sostenido en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (N.º 97), señala en su artículo 11 punto 1 que: “*A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante*”, aunque hay que tener en consideración, que la cobertura de los trabajadores independientes en la seguridad social es excepcional en el ámbito comparado, ya que usualmente, quedan bajo el supuesto de voluntariedad<sup>5</sup>.

A su turno, el Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) 1975 (n.º 143), indica en su artículo 11 punto 1, que: “*A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante*”<sup>6</sup>.

Procede también tener presente la situación de las personas refugiadas, por cuanto su régimen jurídico, contenido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del año 1951, establece normas diversas en cuanto al ingreso y permanencia en el país de tales personas, pero destinadas a darles protección y amparo.

En consecuencia, los extranjeros son los migrantes que se instalan en el territorio de un país con el ánimo de residir en él, temporal o definitivamente, que prestan servicios en calidad de dependiente o independiente, encontrándose, por tanto, obligados a incorporarse a la seguridad social en los diversos regímenes que la componen, accediendo a los derechos correspondientes y contrayendo las obligaciones correlativas.

Siguiendo al profesor Danny Pieters, (2023)<sup>7</sup>, la noción de trabajadores con movilidad internacional (migrantes), suelen abarcar una amplia gama de realidades muy diferentes entre sí. Hay personas que cruzan las fronteras para trabajar en

---

5 También en las legislaciones nacionales la cobertura de los trabajadores independientes suele ser compleja.

6 Los Convenios 97 y 143, sin perjuicio de su valor para la doctrina y la jurisprudencia, no se encuentran ratificados por Chile.

7 Conferencia del 6 de noviembre de 2021, seminario de la OISS y la U. de Alcalá de Henares, sobre migraciones y seguridad social, Europa e Iberoamérica.

otro país todos los días, los llamados trabajadores fronterizos, o después de una temporada (los llamados temporeros); hay personas que dejan su país de origen para encontrar mejores condiciones de vida o simplemente para ganar más en otro país; pueden tener la intención de permanecer en el país al que van toda su vida activa o sólo durante un número limitado de años. Incluso, parece darse la posibilidad de que algunos, se vayan a trabajar a otro país, sin salir del suyo (¿nómades digitales?). Las personas pueden trasladarse a trabajar a otro país de forma organizada, ya sea en el marco de un programa oficial de inmigración del país al que se trasladan, ya sea en el marco del tráfico ilegal de seres humanos; o simplemente pueden decidir por sí mismas marcharse y buscar una vida mejor en otro lugar. Lo más fundamental, recae en la distinción entre el trabajo realizado por un inmigrante al que se le permite permanecer y trabajar en el país y un inmigrante al que no se le permite permanecer y trabajar en el país.

## Conceptos y bases de la seguridad social

Conforme lo dispone al art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU): *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*.

Por su parte, el art. 25 n.º 1º, del mismo instrumento dispone: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*<sup>8</sup>.

Para la OIT, *“El concepto de Seguridad Social [debe abarcar] todas las medidas relacionadas con las prestaciones, en efectivo o en especie, encaminadas a garantizar una protección en determinados casos, como por ejemplo: falta de ingresos laborales (o ingresos laborales insuficientes) debido a enfermedad,*

---

<sup>8</sup> Tener presente a la vez, la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), y su Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida (n.º 67 de 1947). También se reconoce el derecho a la Seguridad Social en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

*discapacidad, maternidad, accidentes de trabajo, desempleo, vejez o muerte de un miembro de la familia; falta de acceso o acceso a precios excesivos a la asistencia médica; apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y adultos a cargo; pobreza generalizada y exclusión social. Los sistemas de Seguridad Social pueden ser de carácter contributivo (seguro social) o de carácter no contributivo”<sup>9</sup>.*

Con los profesores, Arellano O., y Walker E. (2013), sostenemos que la Seguridad Social es el: “*Conjunto integrado de principios, normas e instituciones de ordenación estatal, que otorgan protección a las personas frente a las contingencias (riesgos sociales) que causan estados de necesidad a través de prestaciones (transferencias) en dinero o especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado asegurar un mínimo de protección a su población*”<sup>10</sup>. Corresponde precisar, que existe una diversidad de definiciones, las cuales tradicionalmente la doctrina las distingue entre amplias y restringidas, la transcrita calificaría entre las primeras.

Lo que hoy conocemos como seguridad social, es producto de un proceso evolutivo con origen en los seguros sociales alemanes de Otto Van Bismarck (1881), dirigidos a los trabajadores (en particular, de la industria), y que son la primera fuente del sistema previsional de gran parte de los países occidentales. El mecanismo asegurador fue complementado, integrado o armonizado, con los criterios de los programas de William Beveridge (1942)<sup>11</sup>, cuyo objetivo es, lograr protección para todos, con un importante rol del Estado en la ordenación, regulación, supervigilancia y administración, y con una concepción integral. El objetivo de la seguridad social es conseguir cobertura nacional o universal para todos y por todas las contingencias tanto de las clásicas recogida, entre otros instrumentos, en el Convenio 102 de la OIT<sup>12</sup>, como las que surgen de la evolución social, por ejemplo, la dependencia<sup>13</sup>. El financiamiento de las

---

<sup>9</sup> OIT, Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Informe VI, 2011.

<sup>10</sup> Cifuentes Lillo, Arellano Ortíz y Walker Errázuriz (2013), p. 42.

<sup>11</sup> Bismarck y Beveridge, califican como los padres Seguridad Social.

<sup>12</sup> Convenio OIT, 1952, N° 102 sobre una norma mínima en Seguridad Social. Las prestaciones que contempla: Asistencia Médica, Prestaciones Monetarias de Enfermedad, Maternidad. Salud. Vejez, Invalidez, Muerte, Sobrevivientes, Desempleo y Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, Prestaciones Familiares.

<sup>13</sup> Es decir, situación de personas con discapacidades producto de la veje avanzada, conocida en muchos casos, como cuarta edad.



prestaciones, actualmente proviene o puede provenir de aportes de afiliados (en general los trabajadores), empleadores y recursos públicos, y ello, incide al momento de determinar los beneficiarios y las posibilidades y condiciones en que acceden los migrantes.

Desde fines del siglo pasado, los instrumentos de protección que considera la seguridad social, son complementados o integrados con programas de protección social de financiamiento puramente presupuestario, respecto de los cuales en general, también aplican las reglas de la igualdad de trato.

Como sabemos, el fundamento último de la seguridad social, se encuentra en el derecho a la vida (Novoa F, 1997) y a que cada persona se desarrolle dignamente<sup>14</sup> y, agreguemos: con pleno respeto a sus derechos fundamentales y a la igualdad de trato.

Son objetivos de la seguridad social, la sustitución de rentas, la redistribución de ingreso y la integración social. Siguiendo a la OIT y lo dicho en su Informe VI (2011)<sup>15</sup>, los objetivos incluyen, entre otros: reducir la inseguridad de los ingresos (en el caso de la vejez, por ejemplo) y mejorar el acceso a los servicios de salud para todos; reducir la desigualdad y la injusticia; establecer prestaciones adecuadas como un derecho reconocido; y a la vez, evitar la discriminación, entre otras causas, por nacionalidad.

Se reconocen como principios de la seguridad social, sin acuerdo unánime, salvo en cuanto a los cuatro primeros: universalidad, solidaridad, integralidad, suficiencia, unidad, la uniformidad, internacionalidad, evolución progresiva de los derechos y sostenibilidad. Para algunos autores, la subsidiariedad sería también un principio.

Conforme los indicados principios, todas las personas deben alcanzar cobertura por las prestaciones reconocidas, garantizadas y reguladas en el ordenamiento jurídico nacional, con las restricciones que procedan, muchas veces fundadas en la necesaria sostenibilidad, en tanto, no afecten los derechos fundamentales y ellas se establezcan de forma no discriminatoria, lo que incluye a todos los residentes sean o no nacionales en plano de igualdad, para proveer la protección como expresión de la solidaridad.

---

<sup>14</sup> Novoa Fuenzalida (1977), pp. 43 – 44.

<sup>15</sup> OIT, *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Informe VI, Sexto punto del orden del día. Discusión recurrente sobre la protección social (Seguridad Social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, Ginebra, 2011, p. 8.

El aseguramiento social ha de garantizar, al menos en unos mínimos, que a todos alcance, la batería prestacional del sistema: cobertura de todos los estados de necesidad de las personas.

Como ya hemos expuesto, las prestaciones por su mecanismo de financiamiento, pueden ser contributivas o no contributivas. Las primeras, se asocian a la existencia de cotizaciones, a diferencia de las no contributivas, que provienen de recursos públicos.

Para el acceso a prestaciones contributivas, el requirente debe acreditar afiliación y cotización (o ser beneficiario dependiente), cuestiones estas de mucha relevancia al tratar de la cobertura de los migrantes. En lo que se refiere a las prestaciones no contributivas, la existencia de un tiempo de carencia o no de recursos, entre otros, son exigencias propias de tales prestaciones, dada su forma de financiamiento y las reglas por las cuales se suspenden o extinguen, por ejemplo, cuando se abandona el territorio nacional. Dichas reglas que se excepcionan en casos de desprotección social extrema de cualquier residente, con permanencia regular o irregular.

Al Estado corresponde, establecer, dirigir y controlar todo el sistema de seguridad social, con fundamento en el carácter público de las necesidades que atiende. Las funciones de afiliación, recaudación de cotizaciones, concesión de beneficios, revisión, suspensión o extinción, puede corresponder a las entidades de previsión (públicas o privadas), bajo la dirección de la Autoridad Pública.

## **Derecho internacional y migración<sup>16</sup>**

Las fuentes de estudio del derecho internacional y la migración, comprenden normas sobre derechos humanos que emanan de organismos internacionales, tales como la ONU y la OIT, además de las contenidas en los convenios bilaterales o multilaterales adoptadas por dos o más países, según el tipo de convenio.

En los países desarrollados, por la transición demográfica que surge con el ingreso de personas migrantes al país de destino, contribuye al reemplazo generacional y transfiere fuerza de trabajo, aumentando la población económicamente activa, la que, al ser empleada, genera un impacto positivo en la medición del crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) nacional y coadyuva a cubrir puestos de empleo que se encuentran en déficit, así como a las

---

<sup>16</sup> Seguimos en este apartado a Cifuentes, Arellano y Walker, 2013 e informes en derecho del autor.

finanzas de la seguridad social, en particular, en países con sistemas contributivos de reparto, como ocurre en la mayoría de las naciones. A la vez, se constituye en fuente de ingresos para los países de emigración, vía las remesas, que en algunos Estados, constituye un porcentaje relevante de los ingresos de la nación receptora y cuyo tratamiento no ha sido motivo de los estudios suficientes en cuanto a los costos que asumen quien los envió y el receptor, que pueden también estar al margen de la protección social en su país de residencia.

Es importante señalar, las contribuciones que realizan las oleadas migrantes en materia laboral en los países de destino. Para impulsar este análisis, ha de entenderse, que el factor socioeconómico de la migración, tiene su origen en la exclusión social, ya que las personas al carecer de oportunidades para su desarrollo vital y laboral en países de origen, buscan la mejora de éstas en otras latitudes. Por lo tanto, la falta de un empleo digno, de justicia social y de acceso a derechos sociales básicos en cuanto derechos humanos fundamentales, es la que relaciona a esta exclusión social con los conceptos de pobreza o fragmentación social.

Conforme el principio de la universalidad subjetiva, es posible sostener, que todas las personas deben estar protegidas por la seguridad social, sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros. Para acceder a los beneficios, las legislaciones nacionales exigen requisitos de cotizaciones y/o residencia, según se trate de regímenes contributivos y/o no contributivos, requisitos que son difíciles de cumplir para muchos trabajadores migrantes.

La existencia de normas restrictivas para extender el acceso de los beneficios a los trabajadores migrantes, se vincula a razones de orden económico, ya que es necesario acumular gran cantidad de recursos para financiar las prestaciones, tanto en seguros sociales contributivos como en los no contributivos. Aunque en este punto, conviene tener presente, que los inmigrantes, aunque no coticen desde un principio a la seguridad social, están aportando con contribuciones directas, al participar de la vida social y económica del país de acogida.

Otro aspecto que corresponde representarse en relación con las remesas<sup>17</sup> arriba señaladas, se vincula con el grado de seguridad social con que cuenta la familia del o la emigrante, que usa la remesa. Es relevante analizar, cuál grado de protección alcanza la familia que no ha seguido al o la migrante (por no poder o no querer) y solo accede a las remesas.

---

<sup>17</sup> Remesa, según la RAE: “Conjunto de cosas enviadas o recibidas de una vez”. En la situación que nos interesa, será enviar dinero.

Los procesos de unificación económica y política, facilitan el interés por el traslado de un país a otro, por ejemplo, en la coordinación legislativa de la Unión Europea (UE), es una de las materias jurídicamente más elaboradas, sin la cual, no hubiera sido posible el grado de integración económica alcanzado.

## **Normas que emanan de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)**

La Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 22, ofrece un mayor ámbito de protección, incluyendo no solo a los trabajadores del sector privado, sino también a toda persona como miembro de la sociedad, este derecho es expresado como un derecho universal. El artículo 25 por su lado, sugiere dos niveles de protección: el establecimiento de un nivel adecuado de vida, de aplicación general, y el derecho a una protección particular contra determinadas contingencias.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se presenta como un ideal común a alcanzar en nombre de una concepción amplia de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la seguridad social<sup>18</sup>.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, marca una segunda etapa hacia el establecimiento del derecho a la seguridad social como un derecho universal y es un instrumento complementario a la Declaración. Así, el artículo 9 señala, que los Estados parte, reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

A nivel regional, encontramos dos importantes textos en materia de derechos humanos que complementan las disposiciones antes mencionadas de la ONU, en primer lugar, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y además, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

<sup>18</sup> Los textos de los artículos citados se encuentran en la letra b) Conceptos y bases de la Seguridad Social, del apartado anterior.

## Normas que emanan de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Los convenios de la OIT tienen un rol importante en la legislación nacional desde el momento que son ratificados por un país, sin embargo, los relativos a seguridad social, tienen una tasa de ratificación más baja que los relativos al Derecho del Trabajo. Cabe indicar en todo caso, que ratificados o no, su contenido suele más frecuentemente de lo que se espera, ilustrar no solo a la doctrina nacional original, sino también a la jurisprudencia y a las bases de políticas públicas que se convierten en leyes.

En 1952 la OIT adoptó el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima), el cual prevé un nivel básico de prestaciones para cada una de las nueve ramas de la seguridad, entrega cobertura para residentes y para la población económicamente activa, además establece normas mínimas y tasas de prestaciones para cada rama.

Teniendo en cuenta las cláusulas de flexibilidad del convenio 102, este nivel mínimo, constituye un objetivo que los Estados deberían alcanzar, o superar, sea cual fuere su nivel de desarrollo económico.

En 1962 se adopta el Convenio 118 sobre equidad en el tratamiento, el cual marcó la extensión del principio de igualdad de todo el sistema, es decir, se fijaron criterios de igualdad de trato para las nueve ramas de la seguridad.

El llamado “*piso de protección social*”, ha sido conceptualizado por la OIT (2009), incluye acceso a asistencia médica, seguridad de ingresos para los ancianos y para personas con discapacidades, prestaciones para los hijos a cargo y seguridad de los ingresos combinada con esquemas de garantías. Este esfuerzo para extender la seguridad social, ha sido consagrado en un instrumento de la OIT en 2012, la conferencia internacional de la OIT adoptó la Recomendación 202 sobre pisos nacionales de protección social.

## Convenios internacionales de seguridad social

Los convenios internacionales de seguridad social, sean bilaterales o multilaterales, constituyen un tratado internacional, con lo cual cada estado que firma, debe obtener la ratificación, conforme su legislación interna, para luego ser depositado ante el organismo internacional competente o hacer traslado simulado de la entrada en vigor, a efectos que los interesados de cada Estado Parte, puedan invocar sus derechos.

Estos instrumentos, pueden ser como ya venimos diciendo, bi o multilaterales, son de los primeros, los otorgados por dos Estados, en tanto que, los multilaterales, comprometen a más de dos Estados, es el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano (CMISS), al cual destinamos un apartado en particular, más adelante.

El derecho a la seguridad social como garantía fundamental reconocidas en los instrumentos internacionales ya referidos, los cuales parten detallando la regla de la *lex loci laboris*, es decir, los extranjeros presentes en un país, deben de ajustarse en sus relaciones de trabajo y de seguridad social, a las leyes locales, poniendo a los Estados en el reto de asegurarles prestaciones en conjunto con los países de los cuales procedían (Riaño Barón, 2021)<sup>19</sup>.

La internacionalización de la seguridad social surge, para evitar pérdida de derechos sociales de trabajadores y familias migrantes. A la fecha, es posible señalar, que la internacionalización y protección de los derechos adquiridos y en curso de adquisición, forman parte de la internacionalización de la seguridad social.

Con mayor fuerza, avanzada la segunda mitad del siglo pasado, considerando los importantes movimientos laborales migratorios y a fin de cumplir con el principio de la universalidad, se fue poniendo de manifiesto, la necesidad de contemplar mecanismos de coordinación y armonización de las legislaciones involucradas para dar cobertura a todos, incluidos los extranjeros. Los movimientos migratorios han sido consustanciales al desarrollo de la humanidad y el trabajo es el principal motivo de migración; se radican principalmente en países de mayores ingresos de los que provienen (*ídem*)<sup>20</sup>.

Los convenios de seguridad social, deberían resolver todos los requerimientos de protección social que afectan a los trabajadores migrantes, pero ello es un proceso que aún se experimenta. Por ahora, se espera la mantención de la eficacia y oportuno reconocimiento de los períodos de afiliación y o cotización que se han configurado en los países signatarios, para dar lugar en la oportunidad legal correspondiente, al derecho a pensión. Se trata de asegurar la continuidad previsional, que permita la libre circulación de los trabajadores en un mundo que laboralmente es cada día más interdependiente, sin pérdida de este derecho.

En parte de la legislación comparada y los convenios, retirar o reembolsar aportes por cotizantes principalmente por extranjeros, se contempla de forma limitada,

---

<sup>19</sup> Riaño Barón, Introducción, pp. 18 y 19, en “10 años de vigencia del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. OISS, Madrid, 2021.

<sup>20</sup> *Ídem*.

consistentemente con el objetivo de asegurar pensiones, generando prestaciones con las cotizaciones efectuadas<sup>21</sup>. Mientras la devolución de fondos por ausencia de requisitos es más común, en otros casos, implica esperar al cumplimiento de la edad de pensión del país donde se invoca el derecho. Efectuado el retiro, en general, existen restricciones de acceso más o menos importantes al acceso a prestaciones no contributivas, sobre lo cual volveremos más adelante.

En los convenios de seguridad social, la prestación comprometida por excelencia es la de pensión, sea esta por vejez, invalidez y sobrevivencia para los nacionales de los Estados signatarios, que han prestado servicios sucesiva o alternativamente en los países comprometidos, en cuanto den cumplimiento a los requisitos legales establecidos en la legislación interna de cada Estado Contratante. También se incluyen las prestaciones económicas derivadas de la ocurrencia de un siniestro del trabajo.

Los principios que informan los convenios de seguridad social son: igualdad de trato; totalizar períodos de seguro; *prorrata tempore*; asimilación a imponente activo; exportación de pensiones y buenos oficios.

*Igualdad de trato*: No se puede dar preferencia a una persona o grupo más que a otro por su nacionalidad.

*Continuidad previsional*: Se trata de que los tiempos laborados y cotizados al amparo de una determinada legislación incorporada en el convenio bi o multilateral, se adicione a la de los Estados incumbentes y generar pensión.

*Totalizar períodos de seguro*: Los tiempos de seguros cumplidos en una de las partes contratantes, se consideran para adquirir el derecho a las prestaciones pecuniarias establecidas en el convenio, en conformidad a la legislación de la otra parte contratante, siempre que no se superpongan.

*Prorrata tempore*: Pagar por cada país involucrado una proporción de pensión con base a lo cotizado y computado en cada Estado.

*Asimilación a imponente activo*: Si la legislación de un país, exige encontrarse sujeto a su legislación al momento de producirse el hecho causante, esta condición se entiende cumplida si el trabajador en ese momento estaba asegurado o pensionado en el otro país.

---

21 Admitir la devolución de cotizaciones encuentra fundamentos en: pagos mal realizados; imposibilidad de acceder a prestaciones por incumplimiento de requisitos; pérdida del estatus de residencia y; como prestación propiamente tal. Tanto el primero como el último no corresponden específicamente a devolución, en cuanto, las otras dos situaciones, se asocian a pérdida de residencia y o no cumplir requisitos para abrir derecho a una pensión.

*Exportación de pensiones:* Las prestaciones obtenidas conforme a la legislación de uno de los países Parte sean pagadas al pensionado en el país de residencia, sin reducción o modificación.

*Buenos oficios:* Los países deben apoyarse en la ejecución de los trámites administrativos de tramitación de los expedientes de pensiones. Cada Estado debe designar las entidades encargadas “del enlace” con la o los organismos del otro u otros países. Para tal fin, entre otros objetivos, se celebran los Acuerdos Administrativos, equivalentes a los reglamentos de ejecución.

## Convenio multilateral iberoamericano de seguridad social (CIMSS)<sup>22</sup>

En el ámbito iberoamericano, en 1978, entró en vigencia el denominado Convenio de Quito<sup>23</sup>, sin embargo, dicho instrumento se centró en los acuerdos administrativos entre países con regímenes de reparto, con lo cual con el devenir de los años, no pudo ser aplicado para Estados, como Chile, que establecieron un régimen de pensiones civiles por capitalización individual.

En el XIII Congreso celebrado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), bajo denominación de “Declaración de Bahía”<sup>24</sup>, en su punto 6, se estableció como propósito común de los congresistas: *“Fomentar la inclusión en los acuerdos a adoptar en el seno de los movimientos de integración vigentes en la región y de éstos con otros similares, de aspecto sociales dirigidos a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente a través de la Seguridad Social, garantizando la adquisición y conservación de derechos en los movimientos migratorios, a través de Convenios Multilaterales de Seguridad Social que, a partir de los actualmente existentes o en fase de negociación, pudieran permitir en un futuro llegar a la adopción de un único Convenio Iberoamericano de Seguridad Social”*. De esta forma, en esa última década del siglo XX, es decir, hace más de 20 años, se concuerda considerar un instrumento de carácter multilateral, ante las dificultades de aplicación del convenio de Quito y frente a la diversidad, pero escasa presencia de convenios bilaterales.

---

<sup>22</sup> Tenemos como fuente, Cifuentes 1998; 10 años de vigencia del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (OISS, 2021).

<sup>23</sup> Este instrumento multilateral se otorgó en la indicada ciudad ecuatoriana, el 26.01.1978, con motivo de la reunión del Comité Permanente de la OISS.

<sup>24</sup> Salvador de Bahía (Brasil), 2004.



El CMISS encuentra sus referentes y a la vez antecedentes, además del convenio de Quito, en los instrumentos a nivel bilateral y regionales vigentes a esa fecha, así como también en los Reglamentos Europeos, instrumentos de los que son parte España y Portugal, integrantes a su vez de la Comunidad Iberoamericana de Naciones<sup>25</sup>.

El CMISS es un instrumento de coordinación de legislaciones que, con respecto a las mismas y de la vigencia de los convenios bilaterales, las y los complementa, extendiendo y completando su ámbito de acción y, en su caso, incorporando nuevas realidades. Consistente con lo afirmado, conforme a la flexibilidad característica propia del instrumento, según la conveniencia del invocante, puede aplicarse el convenio bilateral o multilateral que sea posible de considerar al caso particular.

Como se señala en el derecho internacional y por las definiciones de la OIT, ya reseñadas, el Convenio no se aparta del principio acorde al cual, las normas a aplicar son las correspondientes a la legislación del país donde se realiza el trabajo o se presta el servicio. Las excepciones proceden respecto de: transporte aéreo y marítimo, pesca en empresas mixtas, funcionarios públicos, personal diplomático o a su servicio o cooperantes. También, se excepciona, el desplazamiento de trabajadores, en caso de realización de labores cualificadas y su empleador le traslada para desarrollarlas en otro Estado Parte durante un período precisamente delimitado, conforme las normas del Convenio.

En cuanto a la cobertura personal, el CMISS se aplica a quienes estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o más de los Estados Parte. En el ámbito material, se refiere a las prestaciones contributivas de vejez, invalidez, sobrevivencia y las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Están expresamente excluidas las prestaciones no contributivas, las de asistencia social y las reconocidas a favor de víctimas de guerra, así como las prestaciones de salud. Respecto de todas estas últimas, dos o más Estados Parte, puedan incluirlas a través de acuerdos directos (art.3, CMISS).

---

<sup>25</sup> En el caso de Europa, conviene tener presente que, “con la creación de la CEE, y posteriormente su transformación en Unión Europea, se promulgan los reglamentos de coordinación de legislaciones en materia de seguridad social que rigen los derechos de los ciudadanos y trabajadores europeos de cara a su protección. Estas normas de carácter supranacional sustituyen a las normas bilaterales, salvo en aquello que estas últimas sean más beneficiosas, y suponen el primer paso en la articulación de mecanismos de protección cuando se acreditan periodos de seguro en más de un país de los que se incluyen en su ámbito de actuación.” Francisco Jacob: “Nacimiento, elaboración y aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. En “10 años de vigencia del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. OISS, Madrid, 2021, pág. 49.

De invocarse el CMISS para efectos de obtener una pensión de invalidez en el país signatario en el cual ya no se tiene residencia, el Convenio resuelve o regula la forma de acreditar la incapacidad invalidante que permite acceder al beneficio conforme a su legislación respectiva. La regla consiste en que los documentos y formularios respectivos se emiten por los organismos competentes del país de residencia, y la calificación respectiva se efectúa por la entidad de ese Estado que tenga la facultad de calificar la incapacidad, conforme a la legislación interna (art. 19, CMISS).

Trabajadores desplazados. Los convenios bi o multilaterales y de ello no escapa el CMISS, generalmente contemplan normas sobre trabajadores desplazados. Conforme ellas, es posible que, por períodos acotados, trabajadores que reuniendo o no determinadas condiciones laborales o técnicas, puedan ser trasladados por su empresa a prestar servicios en el territorio del otro Estado y continúen sujetos a la legislación de seguridad social del Estado Parte de origen “con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la autoridad competente del otro Estado Parte” (art. 10, CMISS)<sup>26</sup>.

En materia de conservación de los derechos adquiridos y el pago de prestaciones en el extranjero, la regla es que las prestaciones reconocidas por un Estado Parte no pueden ser objeto de reducción, modificación, suspensión o retención, porque el beneficiario resida en otro Estado Parte y le sean transferidas, y por tanto, sean hechas efectivas en este último (salvo eventualmente los costos de transferencia). En el supuesto de que residiera en un tercer país que no forma parte del Convenio, el trato que reciba debe ser el mismo que el que se adopta en el país que reconoce la prestación respecto a sus propios nacionales.

La conservación de derechos adquiridos, se aplica igualmente, si las cotizaciones efectuadas en un único Estado Parte, no son suficientes para alcanzar el derecho a la prestación, corresponde entonces, considerar la totalización de períodos y cada país pagará la parte proporcional al tiempo efectivamente cotizado en él *pro rata temporis*. Por el contrario, si las cotizaciones acreditadas en un Estado Parte fueran suficientes para obtener la pensión, ésta se reconocerá directamente, sin perjuicio de que el beneficiario pueda solicitar la totalización si le fuera más beneficiosa esa opción.

En el caso de los regímenes de capitalización individual, deben destinarse los saldos acumulados a financiar la pensión que corresponda, y aplicar también, la

---

<sup>26</sup> En el caso del CMISS, es por doce meses, pudiendo prorrogarse por igual período.

totalización de períodos para la consecución de pensiones mínimas o acreditación de historia previsional en otro Estado Parte que lo requiere para reconocer el derecho.

La transferencia de fondos de capitalización entre Estados, no se regula en el Convenio, pero se prevé la posibilidad de que países signatarios puedan establecerlo bilateralmente (arts. 16 y 17, CMISS)<sup>27</sup>.

Los buenos oficios o cooperación entre los responsables nacionales de seguridad social encargados de gestionar los convenios, están igualmente recogidos en el CMISS y en su Acuerdo de Aplicación, incluyendo la posibilidad de transmisión electrónica de datos y documentos, en lo que se han logrado importantes avances (art. 24 d, CMISS).

En el área de administración del Convenio y del Acuerdo de Aplicación, así como, en especial, de las Conferencias de la Partes y la solución de controversias, el Convenio otorga atribuciones a la OISS a través de la Secretaría General Iberoamericana –SEGIB– (arts. 27, 28 y 30, CMISS).

Vigente el CMISS, corresponde atender cuestiones que se presentan en la aplicación de todo convenio de este tipo y, en este caso, cumple ese rol el Comité Técnico Administrativo (CTA), integrado por los representantes de los Gobiernos de cada Estado Parte y correspondiendo la secretaría a la OISS. Se reúne al menos una vez año, en subcomités de informática, Jurídica y de Gestión (arts. 23 y 24, CMISS).

## Migración y seguridad social en Chile

Sin perjuicio de lo señalado con anterioridad en este artículo, presentamos a continuación los efectos de la migración en Chile y el tratamiento que la seguridad social del país les otorga con o sin convenios. En primer lugar, como dato ilustrativo, decir que el flujo migratorio que ha recibido Chile en los últimos años, es de proporciones significativas: representa el 7,5% del total de los residentes en el país, aproximadamente.

La inmigración reciente, en particular la proveniente de Venezuela y Haití, no se revertiría en el corto plazo, especialmente considerando que los migrantes que se trasladan a Chile, asumen costos mayores que quienes lo hacen hacia

---

<sup>27</sup> Ello se considera en el Convenio bilateral Chile Perú, al que nos referimos más adelante.

países limítrofes. Además, con ambos países, existen dificultades para acceder a los beneficios de convenios de seguridad social, no empeece, de que existe vigentes tratados con ambas naciones<sup>28</sup>.

En el Chile del siglo XIX y primera mitad del XX, la migración estuvo compuesta por un mayor número de personas europeas, pero desde 2000 en adelante, este grupo se encuentra integrado en su mayoría por inmigrantes provenientes de Latinoamérica, en particular de Sudamérica, Haití y en menor medida de República Dominicana.

En el Derecho de la Seguridad Social y, por cierto, en el ámbito del Derecho del Trabajo, la regla es la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros que prestan servicios retribuidos económicamente en el país<sup>29</sup>. En esta línea, la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Por exigencia del principio de la universalidad subjetiva, toda persona debe estar protegida, sin hacer distinción de nacionalidad o residencia. En todo caso, como en otras legislaciones nacionales, se establecen restricciones al acceso a determinadas prestaciones, en particular las de financiamiento fiscal, que en relación a las prestaciones no contributivas o propiamente de protección social, se requiere de 24 meses de residencia, si es que la prestación de que se trata, no exige en general, otros períodos de espera o carencia. Restricciones que se establecen mientras se encuentren en el territorio de un Estado determinado, y que es posible sostener, no se contradicen con el principio de la igualdad de trato, como lo indican la mayoría de los convenios internacionales referidos a la protección de los migrantes y sus familias.

Con relación a las políticas migratorias, Chile modificó las reglas correspondientes a contar de 2022<sup>30</sup>, terminando así con la que databa de inicios de la dictadura miliar, por tanto, se trataba de una reglamentación altamente restrictiva y condenatoria<sup>31</sup>.

Como en otros países, en Chile, la principal vía de regularización es el trabajo. Esta forma de arraigarse, justifica la proporción de participación migrante en la fuerza laboral, la cual viene en aumento, representando porcentualmente un

---

28 En el caso de Venezuela, existe convenio, pero no aplica por falta de trámites vinculados con los acuerdos administrativos.

29 En esa línea, el Convenio 102 de la OIT (no ratificado por Chile), en su art. 68 establece la igualdad de trato a los residentes no nacionales.

30 Ley 21.325.

31 Ley de extranjería de 1975 (DL N°1094),

número mayor que la media de chilenos afectos a la seguridad social, conforme a la afiliación al sistema de pensiones.

El sistema de seguridad social en Chile en general, es contributivo, es decir, los trabajadores dependientes y los independientes obligados, deben cotizar en el sistema. Los regímenes del sistema de seguridad social en Chile son: Pensiones por vejez, invalidez y muerte (capitalización individual); Sistema de Salud para atender enfermedad y embarazo, entre otros temas de salud (financiamiento de reparto, mutualización y aportes fiscales); Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (aportes patronales a seguro de reparto con fondos de reservas); Seguro de Cesantía (cotizaciones del empleador y trabajadores en algunas situaciones y aportes fiscales, gestión mixta, cuentas individual y fondo solidario); asignaciones familiares (financiamiento fiscal), como otras prestaciones para integración de la familia y el cuidado seguro de los hijos (aportes fiscales y cotizaciones del empleador).

Respecto a los requisitos para la pensión no contributiva -Pensión Garantizada Universal (PGU)-, las personas, incluidos los migrantes, deben acreditar residencia por un período de 20 años continuos o discontinuos (se contabiliza desde los 20 años) y reunir a lo menos 65 años de edad.

## **Chile y los convenios internacionales de seguridad social**<sup>32</sup>

Es posible distinguir entre los convenios bilaterales de seguridad social otorgados con anterioridad a 1993, suscritos bajo el imperio de los antiguos regímenes de pensiones (básicamente de reparto) y los suscritos con posterioridad a esa data. En los convenios suscritos a partir de 1993, además de las motivaciones propias de todo convenio, también se tuvo en consideración el interés por las condiciones de retorno de los chilenos que residían en el exterior por razones de exilio.

Al año 2023, Chile cuenta con 27 convenios bilaterales en aplicación, convirtiéndolo en uno de los países con más instrumentos de este tipo en el espacio iberoamericano<sup>33</sup>.

---

32 Constituye fuente en este apartado, la obra de Cifuentes, Arellano y Walker, de 2013.

33 Alemania (1993), Argentina (2008), Australia (2008), Austria (1997), Bélgica (1996), Brasil (2007), Canadá (1996), Colombia (2003), Dinamarca (1995), Ecuador (2006), España (2002), Estados

Cabe destacar entre los convenios bilaterales, el vigente con Perú, que “*reconoce el derecho de los trabajadores de transferir el saldo acumulado en sus cuentas... de una Parte Contratante [Chile a Perú, o viceversa] a otra, con el fin que sean administrados*” por la AFP de su elección (art. 18 n.º 1º del convenio). Se exige que el trabajador que invoca el convenio, acredite al menos tres años de cotizaciones para el traslado de los Fondos, lo cual puede realizarlo en una sola ocasión (Cifuentes Lillo, 2018).

Como ocurre en la mayoría de los convenios tanto bi como multilaterales, la prestación por excelencia asegurada es la pensión por vejez, invalidez y sobrevivencia para los nacionales de los Estados signatarios, que han prestado servicios alternativamente en los países firmantes, dando cumplimiento a los requisitos legales establecidos en la legislación de cada Estado contratante.

Chile incluye en los convenios sus dos regímenes principales, el de reparto y el de capitalización individual, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), asegurando información de tiempo cotizado de requerirlo el Estado contraparte.

Chile es uno de los países en que se encuentra en aplicación el CMISS. En diciembre de 2009, se procedió a efectuar el depósito del instrumento de ratificación, aprobado por el Congreso Nacional (08.10.2009), siendo uno de los cinco primeros Estados en ratificarlo. La promulgación y publicación, se efectuó en el año 2011<sup>34</sup>. En tanto que, los procedimientos de vigencia del Acuerdo Administrativo correspondiente, culminaron y entró a regir en mayo de 2012.

## Situación excepcional de profesionales y técnicos extranjeros en Chile

La ley chilena, contempla una excepción a la regla de la obligación de dar cumplimiento a las leyes de previsión que rigen para los trabajadores en general, respecto de las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico

---

Unidos (2000), Finlandia (1997), Francia (1999), Holanda (2005), Luxemburgo (1997), Noruega (1997), Paraguay (2007), Perú (2002), Portugal (1999), Quebec (1997), República Checa (2000), Suecia (1995), Suiza (1996), Uruguay (1997), Reino Unido (2012), Corea (2015).

<sup>34</sup> La Constitución de Chile, menciona entre las atribuciones especiales del Presidente de la República: “...llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito en el artículo 54, n.º 1º...” (art. 32, n.º 15). El trámite de aprobación o rechazo de un convenio (como el de todo tratado), es el propio de una ley de quórum calificado (art. 66 inciso tercero).

extranjero, ya que aquellas y estos podrán abstenerse de enterar las cotizaciones previsionales de una AFP<sup>35</sup>.

Tal excepción es posible, en cuanto el interesado acredite que cuenta con un régimen previsional en su país que le garantice prestaciones por pensiones y salud. Esto se funda en que el trabajador cuenta con el aseguramiento necesario y evita el doble pago de cotizaciones. También es posible que un extranjero que ha efectuado cotizaciones en una AFP, pueda obtener la devolución de éstas, de contar con un régimen propio en su país de origen.

## Algunos retos de futuro

### Concernientes con el CMISS:

- 2.1 El reto principal por las finalidades que motivan al CMISS, es continuar interesando a los países de Iberoamérica que aún no lo han otorgado, a que lo hagan. En ello, corresponde un importante papel a la OISS, la SEGIB y los Estados que ya son Parte, en lo que están comprometidos en particular la OISS.
- 2.2 Proponerse avanzar conversaciones, en cierta forma ya iniciadas, con la Unión Europea, para coordinar la reglamentación comunitaria con el CMISS, con el objetivo de que se llegue a una universalización transcontinental de la protección por pensiones de los trabajadores migrantes.
- 2.3 Evaluar por parte de los Estados signatarios, la extensión del Convenio a otras prestaciones, cuya complejidad de aplicación requiere de mayores estudios. En esta materia, la experiencia de los convenios bilaterales de España con algunos países, como es el caso del vigente con Chile, entre otros, considera prestaciones sanitarias, sujetas a reembolsos y compensaciones. El espacio jurídico flexible del Convenio lo permite.
- 2.4. Respecto del intercambio electrónico de datos, su implementación en todos los Estados Parte, es un reto relevante para enfrentar los retrasos generados en la gestión en papel de los expedientes. Su fuente se puede encontrar en el artículo cuarto del Convenio.

En lo atinente con los aspectos más generales:

---

<sup>35</sup> Ley 18.156 de 1982.

- 2.5 Articular el avance del trabajo a distancia y el principio de territorialidad o de ley local, en un mundo en el que los movimientos migratorios también alcanzan esta forma de prestar servicios.
- 2.6 Evaluar los costos asociados a la transferencia de pensiones, en particular con relación a los costos bancarios, lo mismo que respecto de las remesas.
- 2.7 El principio de *lex loci laboris* está cada vez más sometido a presión. Hay personas que trabajan en más de un país, pero también personas que se desplazan de un país al que emigran, a otro país, etc. En el extremo encontramos, a los llamados nómadas digitales, sin lugar fijo de trabajo, ni lugar fijo de residencia.
- 2.8 La crisis del COVID, también exigió respuestas, pero ahora, se necesitaba una respuesta urgente: ¿qué pasa con la persona que teletrabaja en un país mientras que su lugar de trabajo ordinario está en otro?
- 2.9 Cuando los niños permanecen en un país sin estar legalmente autorizados a hacerlo, deben disfrutar, no obstante, de la protección social de otro tipo que se ofrece a los niños nacionales, ya que gozan de un derecho universalmente reconocido al desarrollo personal y a la educación.
- 2.10 La situación de los trabajadores migrantes que retornan a sus países de origen y que no logran obtener prestaciones con los tiempos cotizados en el país de acogida. Otros derechos relacionados con la residencia en el país, especialmente en los países que adoptan un enfoque universal de la protección social, no parecen adecuados para extenderlos a los trabajadores inmigrantes ilegales.

## Bibliografía

Cifuentes Lillo, Hugo; Arellano Ortíz, Pablo y Walker Errázuriz, Francisco. Seguridad Social. Parte General y Pensiones. Librotecnia, Santiago, 2013

Cifuentes Lillo, Hugo. El sistema de seguridad social chileno. Descripción y aspectos generales. Ediciones PUC, Santiago, 2018.

Cifuentes Lillo, Hugo “Tratados Internacionales de Seguridad Social: Convenios Bilaterales”. En Libro Estudios en Homenaje al profesor William Thayer A. Soc. chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998 pp. 16-38.

Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

10 años de vigencia del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, OISS, Madrid, 2021.



# 3

## **Sistema de pensiones por retiro programado en la población activa del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS): propuesta de mejora para el futuro**

*Areli Gutiérrez Camargo<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> *Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España) y la OISS.*



## Resumen

El presente trabajo, tiene como objeto de análisis, el sistema de pensiones de retiro programado de los trabajadores que cotizan en el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS), mismo que surge a partir de la reforma a la Ley del Seguro Social (LSS) en 1997. Se mencionan los antecedentes que dan origen al sistema de pensiones de reparto en México, y su transición a un sistema caracterizado por la creación de cuentas individuales, administradas a través de las AFORE.

Con la descripción del actual sistema de pensiones, se identificaron algunos factores que limitan el acceso a una pensión digna, los cuales son: la subcontratación, el aumento del mercado informal, falta de educación financiera y la falta de prevención en salud. Al identificar los elementos que pueden limitar la adopción de una buena pensión, se realizó una propuesta de mejora, en la cual se incluye la intervención tanto de la cúpula empresarial como del sector educativo.

Resulta importante mencionar, que la propuesta es solo una visión personal que busca mejorar a largo plazo, los beneficios de la población, principalmente de los jóvenes que no tienen interés en ahorrar para su vejez. Hay mucho por hacer respecto al tema de pensiones, principalmente en lo que se refiere a la forma en la que se administran las cuentas, los beneficios adquiridos y las restricciones que deben establecerse para el uso de la misma.

## Introducción

En México, las dos grandes instituciones de seguridad social son: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Por su importancia, el desarrollo de este trabajo, abordará el Sistema de Pensiones por retiro programado del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), siendo la dependencia de mayor alcance, en materia de salud y protección social, de los trabajadores formales del sector privado desde su creación en 1943. A través de la inscrip-

ción al mismo, se obtienen diversas prestaciones económicas, entre ellas, la pensión por retiro laboral, la cual está ligada a una serie de requisitos y obligaciones contractuales laborales, en el que el derechohabiente tendrá una cuenta individual en la que se acumulan las aportaciones.

Hasta la década de los 90's, muchas personas en México, crecieron con la idea de "Estudia, saca tu licenciatura y tu maestría, consigue un trabajo que te permita jubilarte y disfrutar los últimos años de tu vida"; esta era la perspectiva laboral idónea de millones de individuos que crecieron durante el siglo XX; sin embargo, el paradigma cambió, debido a diversos factores como: el incremento de la población activa en el Sistema de Salud, al cambio económico mundial y a la diversificación de contratación más "flexible", al igual que por la subcontratación o trabajo por cuenta propia, ocasionando que las relaciones laborales permanentes y la opción de una jubilación decente, empezaran a desaparecer.

Gran parte de estos ajustes laborales, se dan a partir de la modificación a la Ley del Seguro Social (LSS) que se realizó en el año 1997, misma que es conocida como Ley 97, la cual significó un parteaguas, ya que los nuevos derechohabientes, pasarían de un sistema de beneficios definidos a uno de capitalización individual.

A partir de la Ley 97, se crean tres opciones de retiro (IMSS, 2022):

Renta Vitalicia. Se recibe por medio de una aseguradora indicada por el IMSS.

Retiro Programado. Esta pensión la otorga la AFORE con la que estés registrado y la recibes hasta que se agote tu ahorro.

Pensión Mínima Garantizada. Esta pensión la otorga el Estado a quienes cumplan con la edad, las semanas cotizadas y que no cuentan con un acumulado para contratar alguna de las opciones anteriores.

Sin embargo, derivado de los ajustes al sistema de pensiones a través de la cuenta individual, el sistema de pensiones es desigual, mismo que genera una brecha entre la población de mejores salarios y aquellos con salarios mínimos. Asimismo, los mecanismos normativos existentes, no dotan de elementos suficientes para que las personas vean al fondo de retiro como una inversión de largo plazo, sino un mecanismo paliativo de donde se puede echar mano para pagar deudas o eventualidades ajenas a la salud, como son el desempleo o las catástrofes naturales.

Asimismo, la población mexicana, no tiene la cultura de prevención de la salud, ni una educación de ahorro financiero para poder hacer frente a las dificultades

futuras; y si consideramos que la Ley del 97, está enfocada a la población joven y que los márgenes de prevención son muy bajos, se estima que en menos de 20 años, el dinero que se obtenga de la pensión por retiro, sea utilizado por el derechohabiente para cubrir los gastos de seguridad social por cuenta propia además de que difícilmente van a obtener una pensión cercana al nivel de vida de sus últimos cinco años de trabajo, por lo que probablemente, obtengan una pensión cercana al 40 por ciento de sus ingresos. Esto es un impacto muy severo, especialmente para quienes ganan entre uno y tres salarios mínimos, o para aquellos que, por incertidumbre, entran y salen del mercado laboral.

Debido a lo importante que resulta la obtención de la pensión por retiro, se pretende de manera general, establecer una propuesta para mitigar o disminuir la insolvencia de las familias mexicanas en el futuro, ya que la población que estará teniendo estos rezagos en el futuro, son los de clase baja, por lo que el presente trabajo, se enfocará en proponer métodos de capitalización más efectiva y eficiente, para asegurar la calidad de vida de los pensionados.

Por lo expuesto, este trabajo tiene como objetivo, proponer una estrategia para que, en el futuro, los derechohabientes puedan obtener una pensión digna. Para alcanzar este objetivo, el trabajo tendrá la siguiente estructura:

1. Antecedentes de la seguridad social en México. En dicho apartado, se tocarán los aspectos más significativos que dan origen a la seguridad social en México, y su situación actual.
2. Sistema de pensiones en el IMSS México. En este apartado, se describirá cómo era el sistema de pensiones antes de 1997 y los ajustes que ha tenido a partir de la modificación en la precitada norma.
3. Factores de riesgo que limitan el goce de una pensión. En el presente acápite, se abordarán algunos factores de riesgo que considero relevantes, como son: la contratación mediante el *outsourcing*; falta de educación financiera, principalmente del ahorro; prevención de la salud, e informalidad laboral, es decir, empresas que operan fuera de los marcos legales y regulatorios.
4. Propuesta de mejora para la obtención de una pensión digna. A través de la información que se recopile y del conocimiento adquirido, se propondrá una estrategia que permita abonar al sistema de pensiones, con la finalidad de que las generaciones futuras, cuenten con una pensión digna y acorde a sus necesidades.
5. Finalmente, se incluirán las conclusiones y retos que enfrenta el sistema de pensiones del IMSS.

## Antecedentes de la seguridad social en México

El reconocimiento de la Seguridad Social en México, se remonta a finales del siglo XIX, durante el gobierno del general Porfirio Díaz, y hasta principios del siglo XX, con las huelgas realizadas por los obreros. Durante esta época, empezaron a surgir movimientos que exigían mejores condiciones laborales, como son: mejores salarios, reducción de la jornada de trabajo, descanso por lo menos una vez a la semana (dominical), asistencia médica, condiciones higiénicas en el centro de trabajo y pago del salario en efectivo.

Para mitigar las demandas realizadas por el sector obrero, una de las primeras acciones en materia de seguridad social, fue la publicación de la Ley sobre Accidentes de Trabajo el 30 de abril de 1904, por el gobernador Vicente Villada, y en noviembre de 1906, Bernardo Reyes, gobernador en el estado de Nuevo León, publicó una ley similar. Ambas leyes, siguieron el modelo de la ley de 1903<sup>1</sup>, promulgada por Leopoldo II.

No obstante lo precedente, las demandas sociales se mantenían en el resto de las entidades del país; los obreros exigían mejores condiciones de igualdad y trato en el terreno laboral, ocasionando que numerosas huelgas estallaran durante esta época. De los acontecimientos obreros que se resaltan durante esta época, se encuentran:

Creación del Partido Liberal Mexicano (1905). Consistía en una agrupación política, encargada de coordinar a los diversos clubes liberales tanto en México como en Estados Unidos. *“En 1906, se publicó el Programa del Partido Liberal Mexicano, donde se establecía que se instituiría la no reelección del presidente, se haría obligatoria la educación básica, se reglamentaría una jornada laboral de ocho horas, así como un salario mínimo para los trabajadores y se brindarían tierras de cultivo a los campesinos, entre muchas otras propuestas económicas, políticas y sociales.”* (Secretaría de Cultura, 2022).

Huelga de Cananea (1906)<sup>2</sup>. Este movimiento, tuvo como origen, las terribles condiciones impuestas por el imperialismo y la burguesía porfirista contra los trabajadores, los cuales protestaban por los bajos salarios,

---

1 “La primera ley relativa a los accidentes laborales se votó el 24 de diciembre de 1903. Esta ley excluía las enfermedades profesionales de su ámbito de aplicación” (Espejo García, 2019).

2 “Esta huelga se llevó a cabo en la mina de cobre de Cananea, Sonora, México contra la empresa Cananea Consolidated Copper Company (CCCC), propiedad de un estadounidense llamado William C. Greene” (Cárdenas García, 1998).

pedían que la jornada de trabajo se redujera a ocho horas y que hubiera un día de descanso a la semana. Además, reclamaban que no se diera trato preferencial a los trabajadores estadounidenses. Durante este movimiento, murieron varios trabajadores; sin embargo, fue el parteaguas para preparar al país para la crisis revolucionaria y para el estallido de ésta (1910).

Huelga de Río Blanco<sup>3</sup>. En 1907, aproximadamente dos mil obreros de la fábrica textil de Río Blanco, se amotinaron afuera de las instalaciones para protestar contra la sentencia del gobierno dictatorial de Porfirio Díaz, que ordenaba el regreso al trabajo tras una suspensión de labores promovida por los empresarios, e instaba a los trabajadores a terminar con su huelga. Ellos demandaban mejora de las condiciones laborales, la obtención de un salario digno y la regulación del trabajo infantil, entre otras. Luego del cierre de la fábrica, los obreros de Río Blanco decidieron levantar el paro de labores, pero el rechazo a sus demandas provocó que los inconformes, enfurecidos atacaran la casa del oficial segundo del nuevo Círculo de Obreros Libres –aprobado por el entonces gobernador de Veracruz–, la tienda de raya de Río Blanco y las de las compañías ubicadas en la misma localidad.

Tras los hechos ocurridos en Cananea y Río Blanco, se cuestionó la legitimidad del régimen de Porfirio Díaz, y las demandas y propuestas económicas, sociales, políticas e ideológicas de los mexicanos, tuvieron un impacto en las actividades del Estado, como proveedor de la protección a la salud de la población.

En 1910, surge la Revolución Mexicana, como consecuencia del descontento popular hacia la dictadura de Porfirio Díaz, que derivaría en una guerra civil que transformaría radicalmente las estructuras políticas y sociales del país. Desde este nuevo enfoque, las acciones en materia de seguridad avanzaron, siguiendo la línea del tiempo a continuación enlistada:

En 1911, Francisco I. Madero, se comprometió a presentar leyes para otorgar una pensión a aquellos trabajadores mutilados o, en caso de que perdiesen la vida, a sus familiares.

En 1912, se funda la Casa del Obrero Mundial, cuya función era “*coordinar las acciones sindicales y huelgas para mejorar las condiciones laborales*” (Cotonieto Martínez, 2021).

---

<sup>3</sup> Este movimiento se dio en la fábrica de hilados y tejidos de Río Blanco, en Veracruz, México, la mayor fábrica del porfiriato en este rubro. (Comisión Nacional de Derechos Humanos, s.f.).

En 1913, se inician los trabajos para el diseño de la Ley del Trabajo, incluyendo un apartado al seguro social; pero ésta, no fue aprobada.

Para 1915, se expuso el *“proyecto de la Ley de Accidentes que establecía las pensiones e indemnizaciones responsabilidad del patrón”* (Morfín Herrera, 2019).

Diez años después de los lamentables sucesos de Cananea y Río Blanco, se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, que incluyó las demandas que dieron paso a la Revolución Mexicana, incorporando las relacionadas con los derechos y obligaciones de los trabajadores y la seguridad social. Estas quedaron concretadas en los artículos 2, 4, 5 y 123, este último señaló que *“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”*.

En este mismo año (1917), se crea el Departamento de Salubridad y se incorpora Consejo de Salubridad General, segunda autoridad sanitaria del país, organismo dependiente del Presidente de la República (Consejo de Salubridad General, 2023).

En 1922, se fundó la Escuela de Salubridad, siendo uno de los esfuerzos de reconstrucción nacional para generar condiciones de vida adecuadas, principalmente sanitarias, a través de la prevención de enfermedades y la promoción de la higiene.

*“En 1925, se expidió la Ley de Pensiones Civiles y se creó la Dirección General de Pensiones Civiles de Retiro. Esta Ley, fue reemplazada en 1946 por la Ley de Retiros, comprendía la protección de la salud, préstamos y pensiones por vejez, inhabilitación y muerte, y extendía su cobertura a los trabajadores del sector público paraestatal como ferrocarrileros, petroleros y electricistas. Sin embargo, algunos temas seguían pendientes, como la cobertura de atención médica y las medicinas”* (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2006).

En este mismo año, se presentó la Ley sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, estableciendo la creación de un Instituto Nacional de Seguros Sociales, de administración era tripartita, cuya responsabilidad económica sería solo a los empleadores. Asimismo, se precisaba la responsabilidad que tendrían los empleadores en los accidentes de trabajo, determinándose los montos y la forma de pago de las indemnizaciones. No obstante, *“la Ley generó inconformidad de los*



*empleadores pues no estaban de acuerdo en ser los únicos contribuyentes a su sostenimiento”* (Comisión representativa Organismos de seguridad social, 2008).

En 1929, el Congreso de la Unión, realizó ajustes a la fracción XXIX del artículo 123 de la CPEUM, para establecer que “(...) *se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, enfermedades y accidentes, y otros con fines análogos.*” (Díaz Limón, 2000).

En 1931, se aprueba la Ley de Federal del Trabajo, la cual incluyó temas de “*contratos colectivos, salario mínimo, descansos legales, reglamento interior del trabajo, modificación, rescisión y terminación de contratos de trabajo, sindicatos, huelgas, riesgos profesionales, juntas de conciliación y arbitraje, entre otros*” (Cotonieto Martínez, 2021).

En 1935, el presidente Lázaro Cárdenas, envió a la Cámara de Diputados, un proyecto de ley del seguro social, en el cual se señalaba, que la prestación de los servicios debía estar a cargo de un Instituto, cuya función sería la seguridad social, mismo que integraría las aportaciones y administraciones de manera tripartita. Aunado a que en esta propuesta, se incluiría a todos los asalariados, tanto industriales como agrícolas.

En 1937, se crea la Secretaría de la Asistencia Pública y, seis años después, “*se decretó la fusión de la Secretaría de la Asistencia Pública con el Departamento de Salubridad, surgiendo la Secretaría de Salubridad y Asistencia*” (Aguilar Solis, 2001).

En 1938, se inició con los trabajos para la creación del Instituto de Seguros Sociales, de aportación tripartita (Estado, derechohabientes y patrones), cubriendo los siguientes riesgos sociales: enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, enfermedades no profesionales, maternidad, vejez e invalidez y desocupación involuntaria. Una vez concluido, se envió a la Cámara de Diputados para su aprobación.

Fue hasta 1943, con el Presidente Miguel Ávila Camacho, que el Congreso aprobó la Ley del Seguro Social, cuyo principal objetivo era “*Proteger a los trabajadores y asegurar su existencia, su salario, su capacidad productiva y la tranquilidad de la familia; contribuir al cumplimiento de un deber legal, de compromisos exteriores y de promesas gubernamentales*” (Díaz Limón, 2000).

Con la creación de la Ley del Seguro Social, se modifica la forma en la que se indemniza a los trabajadores, pues aunque estaban protegidos por la

Ley Federal del Trabajo, existían diferencias entre accidente de trabajo y enfermedad profesional, situación que ocasionaba que la atención hacia el trabajador fuera inadecuada.

En este mismo año, se creó el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)<sup>4</sup>, empezó operación en enero de 1944. Los servicios que otorgaría eran: enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez, senectud y muerte, accidentes en el centro de trabajo y cesantía involuntaria en edad avanzada. El financiamiento para estos seguros y servicios sería tripartita, es decir, entre el Estado, el trabajador y el empleador.

Para 1947, *“la Dirección General de Pensiones del IMSS amplió los seguros de vejez, invalidez, muerte, orfandad, viudez, y se redujo la edad para recibir las pensiones a partir de los 55 años”* (Mendoza Austria & Lira Díaz, 2016).

12 años después (1959), se aprueba la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, surgiendo como Institución en 1960. Con la aprobación de esta Ley, se incluyen aspectos como: riesgo en centro de trabajo, atención médica y servicios sociales para trabajadores y sus familiares, siendo las prestaciones superiores a las que otorga el IMSS y sostenidas por aportaciones bipartitas entre el trabajador y el Estado.

Con la creación de estas dos Instituciones (IMSS e ISSSTE), se llevaron a cabo reformas al artículo 123 de la CPEUM (diciembre de 1960 y noviembre de 1962), con lo cual se da un reconocimiento formal a la relación laboral del Estado y los servidores públicos, el aumento de edad mínima para trabajar; también, se creó la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos y las Comisiones Regionales de los Salarios Mínimos, considerando la participación de los trabajadores en las utilidades.

En 1983, *“se declara el derecho a la protección de la salud para toda la población mexicana, como parte de las garantías individuales establecidas en la CPEUM. Esta reforma estableció las bases para la promulgación de la Ley General de Salud en 1984, misma que contempló la articulación de acciones estatales y federales, así como los principios*

---

<sup>4</sup> *“Organismo público y descentralizado, con personalidad y patrimonio propio. El IMSS se convirtió en la institución más importante en materia de salud y de seguridad social, ya que otorga a sus derechohabientes las siguientes coberturas: accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez, vejez y muerte, así como cesantía involuntaria en edad avanzada”* (Cámara de Diputados, 2022).

*para la descentralización de los servicios sanitarios respecto al manejo de recursos económicos, humanos y materiales”* (Cotonieto Martínez, 2021).

En 1989, se realizan las primeras revisiones a los contratos colectivos de trabajo<sup>5</sup> en el IMSS.

Durante el período del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2020), se crea el Programa de Reforma del Sector Salud, a través del cual, se establece la reorganización en la atención y del sistema de pensiones. En 1995, se reformó la Ley del Seguro Social, y entró en vigor en 1997. Esta reforma, contempló creación del Seguro de Salud para la familia, con el propósito de que los trabajadores no asalariados y sus familias, tuvieran atención médica en el IMSS (Mendizábal Bermúdez, 2019), cuyo pago se realizaría de manera anticipada anualmente (Cotonieto Martínez, 2021), y se crea el sistema de pensiones en virtud de cuentas individualizadas.

En 1996, se firmó el Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud, en el que se transfirió a los Estados, la facultad de prestar los servicios de salud. Con este Acuerdo, se dio origen a los Servicios Estatales de Salud (SESA).

En 2003, durante el gobierno de Vicente Fox Quesada, se realizaron modificaciones a la LSS, con el objetivo de generar la universalidad de la salud mediante la creación del Sistema de Protección Social en Salud, por lo que en 2004, se creó el Seguro Popular, el cual operó como un sistema de seguridad social voluntaria, cuya **población objetivo** era aquella que no se encontraba afiliada a ninguna institución de seguridad social (Valencia Lomelí, Foust Rodríguez, & Tetreault Weber, 2012).

En el sexenio de Felipe Calderón, 2006-2012, se continuó con la operación del Seguro Popular, se añadieron nuevos elementos, como fue el Seguro Médico para una Nueva Generación, la Estrategia Embarazo Saludable y la renovación del Programa Nacional de Cirugía Extramuros. Es importante mencionar que, con datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en este sexenio se redujo la población en carencia por acceso a la seguridad social, pasando de 65% en 2008 a 61.2% en 2012.

En 2011, se llevaron reformas significativas a la CPEUM, a través de las cuales, se marca un tiempo en el que se le dio importancia a la seguridad social como derecho humano.

---

<sup>5</sup> *“Implican obligaciones por parte de los patrones para contribuir a mejorar las condiciones laborales de sus trabajadores, y aunque al inicio hubo resistencia”* (Cotonieto Martínez, 2021).

Para 2015, derivado de factores como el aumento del trabajo informal, la pobreza, la migración o el nivel de ingresos, entre otros; adicionalmente, *“se fortalecen diversos programas en materia de seguridad social, como son: apoyo a las Instancias de Mujeres en las Entidades Federativas para implementar y ejecutar Programas de Prevención de la Violencia contra las Mujeres, Pensión para Adultos Mayores, Seguro de Vida para Jefas de Familia, Empleo Temporal Seguro Popular de Salud, entre otros”* (Mendizábal Bermúdez, 2019).

Adicionalmente, durante este año, se reformó la Ley del Seguro Social (artículo 89), la Ley del ISSSTE (artículo 31 bis) y la Ley de Salud (artículo 64 bis), dando prioridad a la atención de mujeres embarazadas por una urgencia obstétrica. En el caso de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, se reformó en su artículo 24, y generó certeza a la incapacidad por enfermedades o accidentes generales.

Sumado a lo anterior, se expidió el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya relevancia fue el tema en materia de la prevención de riesgos profesionales, incluyendo los psicológicos.

En 2017, se reforma la Ley del ISSSTE en materia de riesgos de trabajo e invalidez, con la finalidad de regular el procedimiento al dictamen de la medicina del trabajo, cumpliendo con criterios de oportunidad, eficiencia y eficacia (Mendizábal Bermúdez, 2019).

En octubre de 2019, el presidente Andrés Manuel López Obrador, anunció la desaparición de Seguro Popular, mismo que fue reemplazado por el INSABI (Instituto Nacional de Salud para el Bienestar), el cual entró en operación en enero de 2020. El objetivo de este organismo, es garantizar la salud universal, principalmente, *“a la población que no cuenta con seguridad social”* (Cotonieto Martínez, 2021).

En 2020, *“se reformaron diversos artículos de la Ley del Seguro Social (LSS), asociados a: pensiones, seguro de guarderías para hijos de padres trabajadores, vivienda, protección de riesgos psicosociales para los trabajadores en México, entre otros”* (Mendizábal Bermúdez, 2021).

A partir de 2022, el IMSS permitió y facilitó la incorporación de nuevos sectores de la población, para ampliar la base de asegurados y extender la protección de la seguridad social a más familias. Se establecieron dos esquemas de aseguramiento, el primero para personas trabajadoras del hogar y, la segunda, para personas trabajadoras independientes.

## Sistema de pensiones en México, caso IMSS

El Centro de Investigación en Política Pública (2021), señala que *“Las pensiones son un beneficio económico que recibe el trabajador al momento de concluir su vida laboral, ya sea por cesantía en edad avanzada o vejez. Es un instrumento que posibilita sustituir los ingresos laborales que dejan de percibir las personas al término de su período laboral, y representan una condición esencial para proteger la subsistencia en la edad adulta mayor”*.

En México, la seguridad social desde sus inicios no se diseñó según un modelo único, lo que generó la fragmentación de éste. Actualmente, el sistema de pensiones se integra por diversos planes de seguridad social, los cuales están a cargo de los gobiernos estatales, municipales, universidades, Empresas Productivas del Estado y otros organismos sociales. Sin embargo, las siete principales instituciones encargadas de ofrecer programas de pensiones, son:

Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)

Comisión Federal de Electricidad (CFE)

Petróleos Mexicanos (PEMEX)

Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISFAM)

Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP)

Secretaría del Bienestar (Bienestar)

La normativa federal que rige el sistema de pensiones es: el artículo 123 de la CPEUM, la Ley del Seguro Social (LSS), Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR) y, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE).

A continuación, se presentan los cambios que ha tenido el sistema de pensiones, principalmente del IMSS.

El Sistema de Pensiones en México tuvo su origen en 1943, con la aprobación de la Ley del Seguro Social (LSS) y la creación del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). A partir de este año, el Sistema de Pensiones fue definido, colectivo y de reparto, el cual era administrado por el gobierno y cuya contribución era tripartita, es decir, entre los trabajadores, empresas y el gobierno.

En su creación, el sistema de pensiones se pronosticó bajo un escenario de equilibrio financiero, se asociaron los ingresos por cotización con los gastos futuros

estimados. En la proyección de este modelo, se previó el punto de partida de una etapa, acorde a la cual, los derechohabientes comenzarían a aportar para su vejez. Lo que se pretendía es que los niveles de reserva, tenían que aumentar hasta equilibrarse después de un largo período de acumulación.

Jorge T. Martínez (2019) señala, que de acuerdo con dicho escenario:

*“(...) se supuso que el crecimiento del número de trabajadores que aportarían a la seguridad social sería constante, es decir, un crecimiento del mercado formal, al estilo bismarckiano. De esta manera, el monto destinado al pago de pensiones nunca sería deficitario, incluso si hubiera un estancamiento del trabajo asalariado, ya que la formación de reservas debía permitir el pago de las pensiones)”*

Para 1973, con el propósito de alcanzar una mayor cobertura y aumentar las prestaciones y beneficios de los asegurados, se reformó la LSS, aumentando el monto de las pensiones por viudez e incapacidad permanente parcial y total, y se mantuvo el principio de redistribución para otorgar mayores beneficios a los asegurados de bajos salarios.

En cuanto al financiamiento para el seguro de vejez, *“el principal cambio fue plantear las primas medias escalonadas. Este mecanismo implicaba subir las aportaciones para el pago de pensiones, a fin de darle viabilidad financiera al modelo; sin embargo, en los hechos, el esquema de financiamiento mantuvo una prima media general”* (Martínez Aviña, 2019).

A principios de la década de 1980, inició la apertura comercial con corte neoliberal, cuyo elemento fundamental es la disminución del papel del Estado en la economía y en la globalización del sistema económico, lo que causó que el IMSS empezará a enfrentar una crisis económica, de inflación, desempleo y bajos salarios.

Derivado de la apertura y de los cambios sociales, económicos y políticos, el fondo de reserva para las pensiones del IMSS comenzó a terminarse. Algunas causas que motivaron esta crisis, fueron: la modificación de la población ocupada formalmente; aumento de pensionados, así como el aumento en la esperanza de vida; bajo nivel de cuotas patronales; desempleo; envejecimiento de la población; aumento del mercado informal; evasión y el financiamiento de infraestructura hospitalaria efectuada por el IMSS.

Consecuencia de lo visto, en 1992, el presidente Carlos Salinas de Gortari, envió al legislativo una serie de ajustes a la Ley del Seguro Social, a la Ley del

Impuesto Sobre la Renta y a la Ley del INFONAVIT, las cuales condujeron a la creación de las cuentas de capitalización individual y a la creación del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), dando paso a una nueva estrategia que irá ubicando al ahorro individual como una importante herramienta para generar ingresos para la vejez.

El Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), también conocido como SAR 92<sup>6</sup>, fue una iniciativa dirigida a dar protección y al bienestar a los derechohabientes y sus familias, para lo cual, se crearon cuentas bancarias a nombre de los trabajadores, en las que los patrones acreditan las cuotas correspondientes al Seguro de Retiro como al Fondo de Vivienda (INFONAVIT).

El SAR 92, tenía como objetivos:

Aumentar, a nivel nacional, el ahorro interno para la inversión y fomentar la actividad económica.

Acrecentar la demanda por mano de obra, lo que presupondría, incrementar el empleo.

Mejorar las condiciones económicas de los derechohabientes en su retiro. Disponer de recursos al momento de quedar desempleados o incapacitados temporalmente.

Propiciar el uso de servicios financieros, para que los trabajadores inviertan su ahorro con la mejor combinación de riesgo y rendimiento.

Este nuevo sistema, se concibió a partir de la incorporación de un seguro adicional a los regímenes obligatorios del IMSS e ISSSTE, el Seguro de Retiro, basado en un régimen de capitalización individual, financiado con una cuota a cargo del patrón (2%) respecto al salario base de cotización (SBC), con un mínimo superior del salario equivalente a 25 veces el salario mínimo.

Como parte de este diseño, con cargo al empleador, se individualizaron las aportaciones de los fondos nacionales de vivienda correspondientes al 5% del SBC. Lo anterior, ocasionó que el trabajador tuviera derecho a una cuenta individual integrada por dos subcuentas obligatorias: la subcuenta del seguro de retiro y la subcuenta de vivienda.

Posteriormente, dos años después de la entrada en operación del SAR 92 (1994), se expidió la Ley para la Coordinación de los SAR y se creó la Comi-

---

6 *“El SAR 92 es el Sistema de Ahorro para el Retiro que estuvo vigente entre mayo de 1992 y junio de 1997”* (Servín Alba, 2023)

sión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR)<sup>7</sup>, para regular y supervisar los sistemas de ahorro para el retiro y a sus participantes.

En 1995, se reforma la Ley del IMSS, y es vista como la modificación más importante del siglo XX, por su inicio hacia la privatización de los fondos de pensiones. Esta reforma dio respuesta a la crisis que enfrentaba el sistema de pensiones, consecuencia de la falta de creación de empleos formales. Reforma que inició con el llamado **“bono demográfico”**<sup>8</sup>, *“La reforma del IMSS de 1995 estipuló la transición del Seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez al sistema de capitalización individual, pero el resto de los seguros administrados por el IMSS siguieron funcionando bajo sistema de reparto. A partir de esta reforma, fue necesario crear las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores) para el manejo de las cuentas individuales”* (Cámara de Diputados, 2022).

De esta forma, en 1997, el sistema de pensiones del IMSS pasó de un régimen de “reparto” a uno de contribuciones definidas, mediante cuentas individuales, capitalizadas y totalmente financiadas (CONSAR, 2012).

Bajo este esquema, las aportaciones son tripartitas y se crea una pensión mínima garantizada, por parte del Gobierno, para los empleados que no logren reunir los recursos suficientes. Este esquema, separó a los empleados en dos grupos: *“los que ya estaban cotizando, y que al final de su vida laboral deciden bajo qué ley jubilarse (generación de transición)”*, y *el resto de los trabajadores, que entrarían en el nuevo esquema desde el comienzo (generación Afore)”* (Martínez Aviña, 2019).

A través de la adopción de este instrumento, mientras el trabajador esté cotizando, no podrá disponer de los recursos, por lo que la *“...(Afore) concentrará las contribuciones tripartitas y las invertirá en activos financieros, con la finalidad de obtener rendimientos en favor del trabajador. Por esta acción, cobraba una comisión que variaba de una institución a otra, misma que sería descontada del saldo de la cuenta. Al final de la vida laboral, el monto acumulado en la cuenta*

---

7 *“Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas”* (DOF, 2012).

8 *“El bono demográfico hace referencia a una fase en la que el balance entre las edades de una determinada población genera una oportunidad para el desarrollo. Este bono se traducirá en beneficios reales para los jóvenes solo si se realizan inversiones en capital humano, sobre todo en educación y empleo”* (CEPAL, 2013).

9 *“Los trabajadores del sistema de reparto, contribuyen con cuotas establecidas en la ley correspondiente. Las aportaciones de los trabajadores se depositan en una bolsa común de donde se toman los recursos para pagar las pensiones corrientes.”* (CEPAL, 2020).



*individual será igual a la acumulación de contribuciones y de rendimientos. Por lo que, este monto es crucial para determinar la situación económica del jubilado, mientras más grande sea, mejor será esta última” (Millán Valenzuela, 2022).*

No obstante, lo expuesto depende de factores como: los años de cotización, la edad de jubilación, las contribuciones, los rendimientos netos de comisiones y el salario de cotización. Bajo este nuevo modelo, los empleados tienen la opción de realizar aportaciones voluntarias a su cuenta. Así, el sistema de capitalización individual se efectúa en dos etapas: primero, las AFORE recaudan las cotizaciones de los empleados para que, después, la SIEFORE<sup>10</sup> sitúe el monto en los diferentes instrumentos de inversión.

Con la modificación a la Ley, las aportaciones derechohabientes del IMSS empezaron a depositarse en cuentas individuales manejadas por las AFORE. Para los trabajadores por cuenta propia, se dejó la opción para generar una cuenta individual y realizar aportaciones voluntarias. Asimismo, como requisitos, se estableció como edad mínima de retiro, 65 años cumplidos y 1.250 semanas de cotización. No empuce, para los trabajadores que cotizaron por lo menos una vez bajo la Ley del 73, *“se les dio la oportunidad de pensionarse por el sistema de beneficio definido a los 60 años, y la opción de obtener el 100% del último salario cotizado, con un límite de 10 salarios mínimos”* (Cámara de Diputados, 2022).

En diciembre de 2020, se reformó la Ley del Seguro Social (LSS), y un artículo de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR), en lo referente *“al sistema de pensiones de contribución definida, enfocándose en incrementar las aportaciones patronales, reducir el requisito de semanas cotizadas, elevar el monto de la pensión garantizada y disminuir las comisiones cobradas por las Afore”* (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2021).

Los principales ajustes fueron: límite máximo a las comisiones que cobran las afores, de 0.54%, y un aumento de las cuotas para la seguridad social de 6.5% a 15% del salario base de cotización. Se redujo de 1.250 a 750 semanas cotizadas en 2021; **incrementándose** anualmente en 25 semanas de cotización, para alcanzar un mínimo permanente de mil semanas cotizadas en 2031.

Con relación a la pensión mínima garantizada, el monto fijo para todos los trabajadores elegibles, debía cumplir los siguientes dos aspectos:

---

<sup>10</sup> *“Es el fondo de inversión en el cual las AFORE invierten los recursos de los trabajadores para generar rendimientos”* (Amafore, 2017).

- a) Mínimo 1.250 semanas de cotización, y
- b) tener 65 años de edad.

Con la reforma a la LSS (la cual entró en vigor en 2021), la pensión garantizada empezó a ser progresiva en función de la edad de retiro, las semanas de cotización y el promedio del SBC durante la afiliación del trabajador al IMSS. Agréguese que, en la reforma establecida en el artículo 168, fracción II, de la LSS, se aprobó el incremento progresivo en las cuotas patronales referentes a la rama de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, las cuales tienen vigencia a partir del 1° de enero de 2023 y concluirán hasta el año 2030.

### Cambios sustantivos en el sistema de pensiones del IMSS a partir de la modificación de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social

Concepto	Ley del IMSS 1973	Ley del IMSS 1997	Ley del IMSS 2020 - 2021
Tiempo de Espera	500 semanas cotizadas reconocidas	1250 semanas reconocidas	750 semanas cotizadas que se incrementarán anualmente 25 semanas hasta alcanzar 1.000 en 2031.
Edad	Tener 60 años o más	Tener de 60 a 65 años	Tener 60 a 64 años en caso de Pensión por Cesantía. Tener 65 años en caso de Pensión por Vejez.
Asignación de familiares	No	Sí	Sí
Pago adicional de aguinaldo equivalente a un mes de pensión	Si	No	No
Duración de la pensión	Vitalicia	Dependiendo del cálculo inicial de esperanza de vida del asegurado	Dependiendo del cálculo inicial de esperanza de vida del asegurado
Pensión de viudez	Sí	No	No
Cálculo de la pensión	Salario Promedio últimos 5 años	Monto ahorrado en la cuenta individual (Afore) más los rendimientos obtenidos	Monto ahorrado en la cuenta individual (Afore) más los rendimientos obtenidos
Actualización de la Pensión	Anual conforme a la inflación	No se actualiza	No se actualiza
Administración	Gobierno	Afore	La CONSAR pone un máximo a las comisiones que cobran las Afore

Fuente: Elaboración propia.

Existe una gran diferencia entre las leyes de 1973 y la de 1997, cuya consecuencia radica en un trato desigual entre los sistemas. Asimismo, el sistema de reparto permanecerá vigente por muchos años de vida, con grandes impactos fiscales, mientras que el sistema de capitalización, enfrenta algunas dificultades, como son: una tasa de reemplazo baja, flexibilidad, volatilidad, sueldos precarios, entre otros.

## **Factores de riesgo que limitan el goce de una pensión**

Importante tener en cuenta, que hay factores que pueden limitar la obtención de una pensión digna, como son: la subcontratación; falta de educación financiera, principalmente del ahorro; falta de prevención de la salud e; informalidad laboral, es decir, empresas que operan fuera de los marcos legales y regulatorios del país.

A continuación, se describen algunos de estos factores:

### ***Outsourcing o subcontratación***

Este esquema de subcontratación<sup>11</sup>, se inicia en la década de los sesenta, cuando las empresas requerían mano de obra para la realización de actividades no productivas, como son limpieza, mantenimiento y vigilancia. Sin embargo, debido al impacto positivo que se empezó a visibilizar, las empresas decidieron llevar a cabo la contratación para áreas más especializadas para el correcto funcionamiento de la misma, contratando personal para temas relacionados con informática, recursos humanos y reclutamiento de personal, logística y distribución, manejo de asuntos legales, entre otros. Esto se reflejó en un beneficio económico financiero para la empresa, debido a que se redujeron costos administrativos y la inversión en temas de capacitación del personal.

El uso de esta figura de contratación laboral tuvo mayor visibilidad durante el gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa. Durante esta época, muchas empresas optaron por contratar este tipo de servicios para, principalmente, tener ahorros en los gastos de nómina y evitar la responsabilidad laboral, lo que

---

<sup>11</sup> “Consiste en contratar a un tercero externo a una empresa para que realice servicios y cree bienes que, tradicionalmente, los propios empleados y personal de la empresa realizaban internamente.” (Fundación INTEGRALIA, s.f.).

provocó que las empresas dedicadas a la prestación de servicios de subcontratación generaran empleos mal pagados y que, adicionalmente, no fueran declarados ante el IMSS al 100%. La precedente situación, ocasionó que millones de empleados no tuvieran los beneficios correctos, como acumulación de dinero en su cuenta individual, fondos de la vivienda y carencia de servicios de salud por no estar dados de alta en el IMSS.

Ante tales circunstancias, en 2012 se modificaron diversos artículos de la Ley Federal del Trabajo, pero, dicha reforma no fue benéfica para el trabajador debido a que:

1. Se establecieron modalidades de contratación (períodos de prueba, capacitación inicial y trabajo temporal), generando incertidumbre entre los trabajadores, pues implicaba se removieran al vencimiento de cada uno de estos contratos.
2. Se generaron salarios por unidad de tiempo. Esto desencadenó, que las empresas limitaran el pago salarial por horas trabajadas, con lo cual generaron ahorros nominales.
3. Todas las obligaciones laborales, las adquirió la empresa prestadora de servicios. Esta fue la forma en que este tipo de empresas, aprovecharon para desincentivar a los trabajadores, pues con dicha reforma, no existía seguridad laboral.

Entre los años 2012 a 2018, durante el gobierno de Enrique Peña Nieto, se incrementó la contratación de empresas de *outsourcing*. Debido al mal manejo y a irregularidades, muchos trabajadores capacitados para desarrollar sus funciones o personas profesionales, con maestría o doctorado, empezaron a cotizar en el IMSS con hasta 2 salarios mínimos, lo que empezó a considerarse como una “Simulación Laboral” respecto al verdadero patrón.

Fue en ese momento, en el que se empezó a considerar al *outsourcing* como un esquema de contratación ilegal que, desde su aplicación, se orientó y utilizó de forma incorrecta, generando malas prácticas por parte de algunos patrones, para evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Asimismo, los trabajadores empezaron a tener poca permanencia bajo los marcos contractuales, suscitando incertidumbre de los procesos laborales y perdiendo la posibilidad de participar en la negociación salarial, ya que en ésta, solo participaba la empresa beneficiaria y la proveedora del servicio.

Entre las malas prácticas realizadas por esta forma de contratación, se encuentran:

1. La empresa de *outsourcing* registró al trabajador ante el IMSS con un salario diferente al que realmente percibe.
2. Movilidad de empresa a empresa a los trabajadores, mediante grupos de firmas de *outsourcing*.
3. Las *outsourcing* generan incertidumbre con los trabajadores, al darlos de alta en el Seguro Social por tres meses, para después darlos de baja un mes y volverlos a registrar en el Instituto, con el único fin de “ahorrarse” pago de cuotas por unos meses.

Ante la situación de incertidumbre que se empezó a observar entre los trabajadores, en septiembre de 2021, entró en vigor la reforma con los nuevos procesos de subcontratación en México, con el objetivo de que los trabajadores tengan condiciones salariales correctas y adecuadas de acuerdo al trabajo que desempeñan. Con esta reforma, se buscó la regularización de las compañías que no registraban a sus trabajadores en el IMSS, la evasión fiscal y generar responsabilidad legal del trabajador.

A partir de la aplicación de esta reforma, el IMSS ha captado el incremento de trabajadores registrados en su base de datos, además del incremento en los salarios registrados. Al ser una figura legal que continúa activa, no se eliminan los riesgos para evitar el pago de salarios competentes y justos. Actualmente, se busca la estandarización legal laboral.

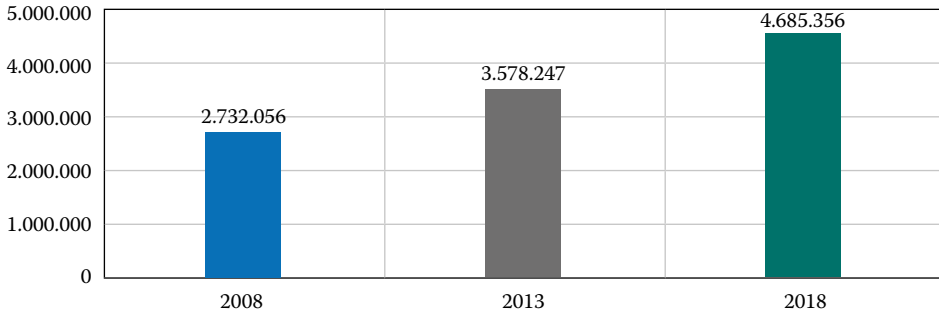
Con datos del reporte *Staffing Industry Analysts* 2016, se menciona que 1 de cada 9 empresas de subcontratación que operan en el país, está registrada ante IMSS. Esto impacta de manera negativa a los trabajadores, ya que los beneficios se ven reducidos, principalmente en lo referente a su pensión.

El último Censo Económico del INEGI (2019), muestra los siguientes datos:

El crecimiento en el personal subcontratado de 2008 a 2013 y de 2013 a 2018, fue de 5.5% (gráfica 1); sin embargo, en términos absolutos, el crecimiento fue mayor, ya que fue de 846, 191 y de 1.107.109 personas, respectivamente.

Para 2013, el 16.6% del personal ocupado, no dependía de la razón social para la cual prestaba sus servicios, incrementándose la cifra en 2018 en 17.3%; lo cual muestra, que ha venido en aumento esta forma de contratación de personal (Gráfica 2).

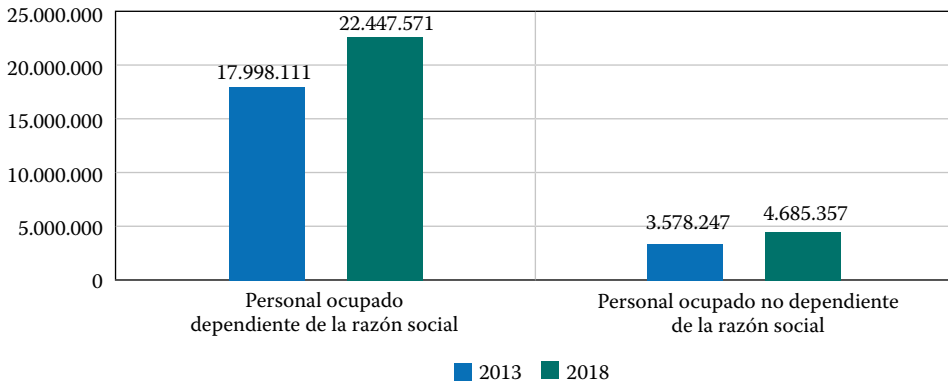
**Gráfica 1. Personal ocupado no dependiente de la razón\* social 2008, 2013 y 2018**



Fuente: Censos Económicos publicados en 2009, 2014 y 2019, INEGI.

\*El personal ocupado subcontratado por las unidades económicas (personal ocupado no dependiente de la razón social)

**Gráfica 2. Personal ocupado dependiente y no dependiente de la razón social 2013 y 2018**

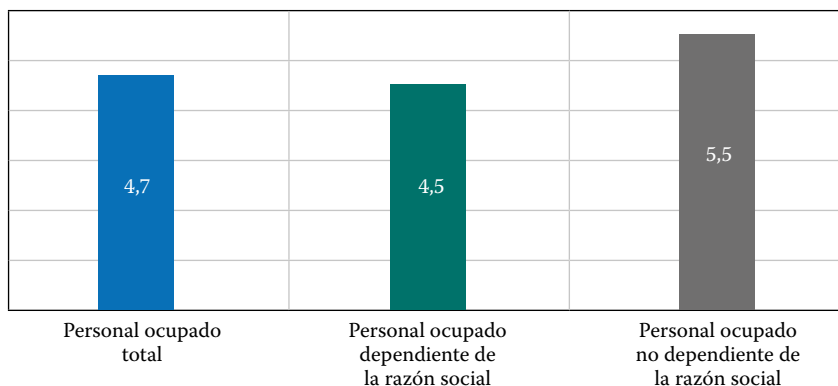


Fuente: Elaboración con los Censos Económicos publicados en 2009, 2014 y 2019, INEGI.

De 2013 a 2018, se registró un mayor aumento en el personal ocupado no dependiente (5.5%), respecto al personal ocupado que dependía legalmente de la razón social (4.5%) (Gráfica 3).

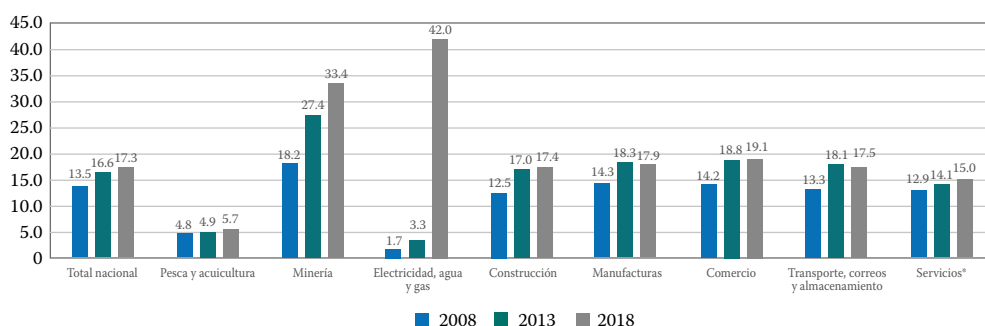
En términos relativos, en 2018 los sectores económicos que contrataron un mayor número de personas no dependientes de la razón social, fueron electricidad, agua y gas (42.0%), Minería (33.4%) y Comercio (19.1%). Asimismo, se logra ver que en todos los sectores, a excepción de Manufacturas, y Transporte, correos y almacenamiento, se incrementó la participación de este tipo de personal (Gráfica 4).

**Gráfica 3.** Crecimiento porcentual del personal ocupado total 2013-2018



Fuente: Elaborado con información de los Censos Económicos publicados en 2009, 2014 y 2019, INEGI.

**Gráfica 4.** Participación porcentual del personal ocupado no dependiente de la razón social respecto del personal ocupado total, según sector de actividad 2008, 2013 y 2018



Fuente: Censos Económicos publicados en 2009, 2014 y 2019, INEGI.

\*“Incluye los sectores Información en medios masivos; servicios financieros y de seguros; servicios inmobiliarios y de alquiler; servicios profesionales, científicos y técnicos; corporativos; apoyo a los negocios y manejo de desechos; servicios educativos; servicios de salud y asistencia social; servicios de esparcimiento culturales y deportivos; servicios de alojamiento y preparación de alimentos, y otros servicios, excepto actividades gubernamentales”. (INEGI, 2019)

En términos absolutos, de 2013 a 2018, la dinámica de crecimiento en el personal subcontratado, registró diferencias conforme al sector de actividad económica al cual pertenece. Se observa, que las actividades de mayor incremento son electricidad, agua y gas (1.132,6% entre 2013 y 2018), seguido de las actividades de

pesca y acuicultura (45.7%); los servicios (41.5%); minería (39.4%); en las manufacturas (25.7%), y Transporte, correos y almacenamiento (24.6%), tal como se muestra a continuación:

Personal ocupado no dependiente de la razón social por sector de actividad  
2013 - 2018

Actividad	2013	2018	Diferencia	Tasa de crecimiento
Pesca y acuicultura	7.364	90.766	83.402	1.132,56
Minería	9.158	13.344	4.186	45,71
Electricidad, agua y gas	1.152.399	1.630.516	478.117	41,49
Construcción	45.704	63.717	18.013	39,41
Manufacturas	926.662	1.164.508	237.846	25,67
Comercio	139.954	174.399	34.445	24,61
Transportes, correos y almacenamiento	96.988	117.504	20.516	21,15
Servicios	1.200.018	1.430.602	230.584	19,22

Fuente: Elaborado con información de los Censos Económicos publicados en 2014 y 2019, INEGI.

Entre las malas prácticas realizadas por esta forma de contratación, se encuentran:

1. La empresa de *outsourcing*, registró al trabajador ante el IMSS, con un salario inferior al que realmente percibía.
2. Movilidad de empresa a empresa a los trabajadores, mediante grupos de firmas de *outsourcing*.
3. Las *outsourcing*, generan incertidumbre con los trabajadores, al darlos de alta en el Seguro Social por tres meses y luego de baja por un mes, para después volverlos a registrar en el Instituto, con el único fin de ‘ahorrarse’ pago de cuotas por unos meses.

Ante la incertidumbre que se gestó entre los trabajadores, en septiembre de 2021, entró en vigor la reforma con los nuevos procesos de subcontratación en México, con el objetivo de que los trabajadores tengan condiciones salariales correctas y adecuadas de acuerdo al trabajo que desempeñan. Con esta reforma, se buscó la regularización de las compañías que no registraban a sus trabajadores en el IMSS, la evasión fiscal y generar responsabilidad legal del trabajador.



A partir de la aplicación de esta reforma, el IMSS ha captado el incremento de trabajadores registrados en sus bases de datos, además del incremento en los salarios registrados. Al ser una figura legal que continúa activa, no se eliminan los riesgos para evitar el pago de salarios competentes y justos. Actualmente, se busca la estandarización legal laboral.

## Mercado informal

El mercado informal en México podría considerarse como “(...) ***todas aquellas actividades económicas que, sin ser criminales, tampoco están totalmente registradas, reguladas y fiscalizadas por el estado en los mismos espacios en que otras actividades similares sí lo están***” (Orozco Valdez, 2017).

Fruto de la modernización y la globalización en la economía, la competencia laboral ha disminuido el empleo formal, lo que ha provocado que muchas personas, decidan obtener ingresos por medios propios a través de la comercialización de diversos productos o servicios. En este sentido, el mercado informal no genera responsabilidad legal laboral con las personas que les ayudan a comercializar un bien o servicio. Entre las características a destacar están: los sueldos son pactados por los días y horas trabajados; no existe seguridad social, por lo regular suelen ser pagos en efectivo; no existe seguridad laboral ni la incorporación a un sistema de salud e higiene.

En la economía, la informalidad genera bajas cargas fiscales y limitaciones presupuestarias a la hora de adoptar medidas para la seguridad social. La informalidad se da en gran parte a la pérdida de empleos formales. Con datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) 2023, se perdieron aproximadamente 401,032 empleos formales, situación que se vio contrarrestada con 391.078 puestos de trabajo que se dieron en la informalidad. La pérdida de trabajos formales, aunado a la falta de un seguro de desempleo, han ocasionado que varias empresas formales (pequeñas), salgan del mercado laboral, incrementando su participación como estructuras familiares de sobrevivencia en el mercado informal, llevando a que se queden sin acceso a la seguridad social.

En el documento Informalidad en México. Desafíos para la cobertura en pensiones y vulnerabilidad social (2020), se menciona que “*Los altos indicadores de empleos informales en México generan el riesgo de que gran parte de la población de adultos mayores enfrenten un destino sin acceso a pensiones,*

*ingresos monetarios o servicios de salud públicos; además de reducir las aportaciones que permitan el manejo del sistema de pensiones nacional”.*

En este sentido, la economía informal es un riesgo constante, ya que no se vincula con la seguridad social, lo que se traduce en un mayor porcentaje de personas marginadas y sin acceso a la protección social, quienes verán encajados sus niveles de vida durante su vejez. Uno de los elementos de riesgo para los individuos que laboran en el sector informal, es el desconocimiento de las opciones de ahorro a las que pueden acceder para un retiro digno. En 2013, la CONDUSEF mencionó, que *“menos del 50% de los mexicanos utiliza servicios bancarios. Por tanto, desconoce los beneficios que podría obtener al ahorrar, invertir y administrar de mejor manera su dinero”.*

En la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), se identificó que en 2022, hay 32.16 millones de personas en el sector informal (INEGI, 2023), cifra superior en 548,021 personas, respecto a las 31.61 millones de personas ocupadas en el sector informal en 2021. A continuación, se muestra la siguiente tabla:

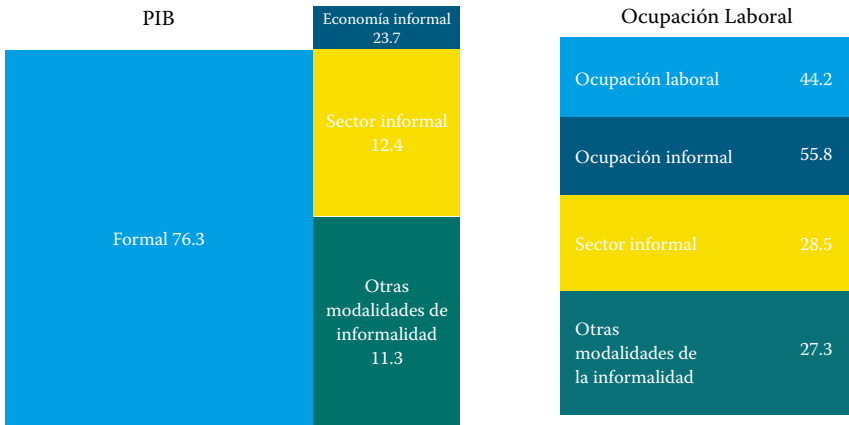
Ocupación Informal	Absoluto			Relativo	
	2021	2022	Diferencia	2021	2022
Total	31.609.319	32.157.340	548.021	55,8	55,1
Hombres	19.068.276	18.879.871	-188.405	55,6	54,4
Mujeres	12.541.043	13.277.469	736.426	56,2	56,1

Fuente: Elaborado con información de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2021-2022.

Para 2021, la contribución del PIB informal fue de 23.7%, superior en 1.9 puntos porcentuales al porcentaje de 2020 (21.8%). En otras palabras, por cada 100 pesos del PIB del país, las/os ocupados formales, generaron 76 y 24, quienes están en la informalidad.

La siguiente fue emitida por un estudio del INEGI, la cual muestra la contribución de la economía informal en el Producto Interno Bruto (PIB), siendo éste de un 23.7% (INEGI, 2023).

**Gráfica 3. Composición del PIB y ocupación laboral, 2021\***  
Contribución porcentual



\* Preliminar

Fuente: INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), Indicadores Estratégicos, Cuenta de Bienes y Servicios (CByS) y Medición de la Economía informal (MEI)

## Educación financiera

El ahorro es un mecanismo adecuado para afrontar los gastos inesperados o catastróficos, siendo un elemento importante para el retiro. En la etapa de retiro, los individuos dejan de recibir ingresos por el trabajo, ante esa situación, es indispensable de contar con un ahorro o con una pensión que cubra las necesidades para vivir y gozar de una vejez tranquila. Sin embargo, es conveniente construir un plan de ahorro, en el cual quede clara la importancia que tiene en el futuro. En México, se ofrecen varias alternativas para que los trabajadores puedan realizar ahorros para el acceso a una pensión digna; sin embargo, la educación financiera en México, es deficiente.

Por ejemplo, los adultos mayores que no cuenten con ahorro para el retiro (porque no cotizaron en ninguna institución de seguridad social), están en la más alta vulnerabilidad, en la total precariedad y a expensas de transferencias gubernamentales, como las pensiones de adultos mayores no contributivas que dan los gobiernos federales y estatales. Para este grupo de población, los gastos de bolsillo por cuestiones médicas, como una hospitalización u operación de emergencia, pueden llevar a las personas a caer en pobreza.

En México, debe reforzarse la educación financiera como un valor fundamental; sin perder de vista, que su alcance es muy limitado, puesto que no es una ense-

ñanza primordial o básica en las escuelas, o incluso, en las universidades. Lo anterior, ha causado en que por años, los jóvenes desconozcan el uso de los servicios financieros y su correcto funcionamiento, provocando un caos en sus finanzas personales.

Con el cambio en la pirámide poblacional en México, fundamentado en el incremento de la población adulta mayor, surgen situaciones económicas, de salud y convivencia, que requieren atención para brindar bienestar a dicho grupo. Ante la vulnerabilidad económica de este tipo de población, la educación financiera es vista como una opción para tratar esta situación, ya que se observa falta de planificación para la vejez y el impacto de la pérdida de ingresos por trabajo durante esta etapa de la vida.

Un informe del Banco de México (2015), señala que entre las principales razones por las que los individuos pobres no ahorran, es por la falta de acceso a buenas instituciones, que las instituciones tienen una nula promoción de servicios de microahorro, y por el gobierno, ya que no fomentan que los individuos guarden algo de su dinero en lugar de gastarlo.

Muchas veces, la planificación financiera se debe a ciertos obstáculos. Ruíz y Bergés (2002), enlistan algunos obstáculos: los individuos piensan, que ahorrar es únicamente para personas con alto poder adquisitivo; no confían en su capacidad de ahorro; confían en que no les sucederá alguna situación contingente; y tratan de conseguir algo mejor que les genere un beneficio al corto plazo (pues el ahorro es un beneficio que verán en el futuro).

Como se mencionó, los individuos no planean a largo plazo, ello genera un grave problema a la hora del retiro, pues no cuentan con suficiente cantidad de dinero para vivir el tiempo de vida que les queda después de haberse retirado. A partir de la década de los 70's, se trató de disminuir el índice de natalidad, se observó una disminución de la población, lo que trajo consecuencias graves en la economía, puesto que las cantidades que el gobierno tenía para las pensiones han disminuido, dado que se han cambiado los esquemas de trabajo formal.

Ante este panorama, la falta de ahorro entre la población joven, no mejorará en el futuro. Actualmente, en México los jóvenes carecen de interés por asumir una educación del ahorro. La Asociación Mexicana de Afores (AMAFORE), efectuó en 2019, la *Encuesta Ahorro y Futuro: ¿Cómo viven los jóvenes el retiro?*, con el fin de identificar las actitudes y aptitudes frente al ahorro, en dicha encuesta, se identificó que en la población joven, la cultura financiera y del ahorro es aburrida y de difícil interpretación. Asimismo, el 52% de los jóvenes

consideran, que cuando sea adulto mayor, su situación será mejor comparada con los adultos mayores de su familia.

Aunque solo dos de cada diez, ahorran para su retiro.

Es relevante mencionar, que seis de cada diez hombres, y siete de cada diez mujeres, entre 18 y 40 años, tienen la idea de que su manutención, será responsabilidad de sus hijos y familiares. De los jóvenes que no ahorran, 21% no lo hace porque aducen que sus ingresos son insuficientes, y el 48% de los que ahorran, lo realizan a través de los medios informales.

Con datos de la Encuesta Nacional de Inclusión Financiera (ENIF) 2021, se identificaron los siguientes resultados:

Aproximadamente, el 60% de la población, cuenta con algún tipo de ahorro. Cerca del 21% de las personas adultas, ahorran en instrumentos formales, mientras que el 54%, tienen algún tipo de ahorro mediante canales informales.

Entre 2018 y 2021, la proporción de la población con ahorro informal, experimentó una reducción de alrededor de 9 puntos porcentuales, y resulta relevante, que alrededor de 4 de cada 10 personas, no cuenta con algún tipo de ahorro. Este resultado, se debe en gran parte, a la falta de educación financiera y del hábito del ahorro.

El 46% de la población de 18 a 29 años con ahorro formal, reportan tener un ahorro superior a sus ingresos de un mes, porcentaje que se eleva a 55% entre la población de 45 a 59 años.

El porcentaje de la población con algún tipo de ahorro, se incrementa con el nivel educativo. Mientras que solo el 7% de la población con educación primaria, cuenta con ahorro en una cuenta de una institución financiera, este porcentaje se incrementa a 45% entre la población con licenciatura.

Con respecto a los instrumentos de ahorro formal, los más utilizados entre la población, son las cuentas de ahorro y cheques, seguidos de las cuentas de nómina. Como era de esperarse, las cuentas de nómina no son instrumentos percibidos como adecuados para el ahorro, ya que, a pesar de que alrededor del 28% de la población adulta, tiene una de éstas, solo el 10% reporta ahorrar efectivamente en ella. En contraste, a pesar de su limitada penetración entre la población, casi la totalidad de la población, tiene una cuenta de inversión o depósitos a plazo y reportan utilizarla para ahorrar.

Para lograr atender las previsiones durante la etapa adulta, es imprescindible entender, por qué es necesario ahorrar e invertir, por lo que considero, es importante educar desde los primeros años de escuela y en el trabajo. Los jóvenes deben prepararse para un nuevo entorno de productos financieros y de pensiones autodirigidas e incentivar el asesoramiento en la jubilación.

## Prevención de la salud

Para hablar de prevención en la salud, primero conozcamos el concepto de la prevención, y de acuerdo a lo que establece la Real Academia Española, entre otros conceptos, señala que la prevención es la *“preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”*.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), definió en 1988, la prevención en salud como aquellas *“medidas destinadas no solamente a prevenir la aparición de la enfermedad, tales como la reducción de factores de riesgo, sino también a detener su avance y atenuar sus consecuencias una vez establecidas”*.

Conforme lo anterior, la sociedad mexicana para gozar de mejores condiciones de salud durante su vejez, debe de revisar, periódicamente, su salud durante su edad joven y adulta, con la intención de evitar enfermedades que le generen problemas para concluir su vida laboral, con el objetivo de que durante la vejez, la pensión obtenida sea utilizada para tener calidad de vida y de forma individual, las personas conozcan el valor que tiene la salud.

Actualmente, México presenta un problema importante de salud (salud física y salud mental), que ocasionan que el rendimiento de los trabajadores, no sea efectivo para las compañías. Por lo que es necesario y urgente, establecer en las empresas, programas corporativos o departamentos especiales, que den a conocer a los trabajadores, la importancia de prevenir enfermedades, así como los cuidados que deben de tener a lo largo de su vida. Al no hacer esta prevención, el costo será muy alto para el IMSS, para el Gobierno y para las personas. El IMSS, establece programas y medidas de prevención, pero, considerando la situación que prevalece en el país, éstas deberían ser implementadas a temprana edad y no cuando se ha detectado algún riesgo que puede mermar la salud.

El problema de la no prevención es grande, más si recordamos, que la economía informal ha aumentado, y que ésta no cuenta con las condiciones laborales correctas. Aunado a esta situación, existe un nivel alto de inconciencia y de ignorancia, que ponen en riesgo la salubridad de una sociedad completa.

En México, los adultos mayores presentan desventajas, debido a la mayor exposición a enfermedades, sobre todo crónicas degenerativas e incapacitantes. Con datos del CONEVAL (2020), se destaca que:

*“La población mayor se encuentra expuesta a la reducción de las capacidades físicas y del retiro del mercado laboral, así como a condiciones específicas de salud y educación.*

*El porcentaje de población de 65 años o más con carencia por acceso a la seguridad social fue de 41.1% en 2016, 41.4% en 2018 y 28.8% en 2020.”*

Por otro lado, la Secretaría de Salud (2022), manifestó que el 50% de los trastornos como la depresión y la ansiedad, inician en la niñez y en la adolescencia. Asimismo, la OMS indicó, que la *“depresión es la primera causa de discapacidad en el mundo”*.

Debido a los cambios ocurridos durante y después de la pandemia (Covid-19), se detectó que en la población han aumentado las enfermedades mentales. Según estudios del INEGI, en 2021, se registró un incremento en la población con problemas de depresión, incluyendo ansiedad y estrés, lo que también debería ser de interés, porque los trabajadores se encuentran sometidos a estrés laboral que imposibilita su desempeño.

Con datos del IMSS (2021) se identificó, que *“el 75% de los mexicanos padece fatiga por estrés laboral, superando a países como China y Estados Unidos”*, y más del 40% de quienes realizan labores de escritorio, se sienten exhaustos. A la par, la Secretaría de Salud (2022) señala, que el estrés laboral está asociado con *“cardiopatías, trastornos digestivos, aumento de la tensión arterial y dolor de cabeza, trastornos músculo esqueléticos como lumbalgias, entre otros”*.

Una de las consecuencias que tiene el estrés, es abandonar el trabajo sin que se tenga otro.

El informe Adaptabilidad laboral postpandemia en México (2022), indica que el 41% de las empresas del país, registraron renuncias inusuales de trabajadores. De los resultados obtenidos, se identificó que algunos motivos son el estrés, el desgaste tanto físico como mental, y el exceso de trabajo, así como aspectos relacionados con mejores sueldos y prestaciones por parte los empleados.

La encuesta menciona, que de 18 a 39 años, las personas deciden buscar empleo en otras compañías, por mejores sueldos y prestaciones, mientras que los mayores de 40 años, buscan mayor estabilidad y equilibrio entre la vida personal y el trabajo. Es por ello, que muchas personas, al ver su salud mental afectada,

deciden abandonar el trabajo e incorporarse al mercado informal o trabajar por cuenta propia, lo cual genera un desinterés de ahorrar en su cuenta de AFORE, y prever situaciones de salud.

## **Propuesta de mejora para la obtención de una pensión digna**

Para poder enfrentar los retos en materia pensionaria de la población adulta trabajadora y las generaciones que en el futuro se incorporarán al mercado formal de trabajo, es necesario generar sinergias entre los diversos actores (tanto a nivel macro como individual), que permitan vincular la educación con las estrategias de inversión, con la finalidad de obtener mejores beneficios en la etapa de la vejez.

Para ello, considero deben realizarse diversas reformas que impacten, por una parte, a la normativa que regula el Sistemas de Ahorro para el Retiro y, por otro lado, generar mecanismos de coordinación interinstitucional, a través de la creación de un Fondo de Pensiones, exclusivamente de trabajadores del IMSS, operado por la CONSAR, para vincular a los diversos sectores, público, privado y social, que son clave fundamental para fortalecer el esquema pensionario de los trabajadores.

A continuación, se dará a conocer la propuesta de mejora que podría hacer más rentable el sistema de pensiones, con la intención de minimizar los riesgos en costos, en salud y economía tanto del Gobierno como de los Derechohabientes.

La propuesta consiste, primeramente, en la modificación a la Ley y al Reglamento del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR); al reglamento interior de la CONSAR, y demás instrumentos normativos que regulen el funcionamiento y operación del SAR. Los ajustes a la normativa, dan pauta al segundo elemento, que son las estrategias de coordinación con el sector empresarial para la creación de áreas dedicadas a la capacitación e información del sistema de ahorro de los trabajadores. Y, finalmente, crear un vínculo con el sector educativo, en el cual se incluya, en la educación básica, el tema del ahorro.

La realización de esta propuesta, incluye la creación de una Comisión Intersecretarial, mediante la cual se informe, de manera periódica (por lo menos 4 veces al año), las acciones realizadas para fortalecer los esquemas de ahorro de las personas. Cada una de las instituciones enlistadas, en el ámbito de su respectiva atribución, generará, diseñará y ejecutará instrumentos, estrategias y

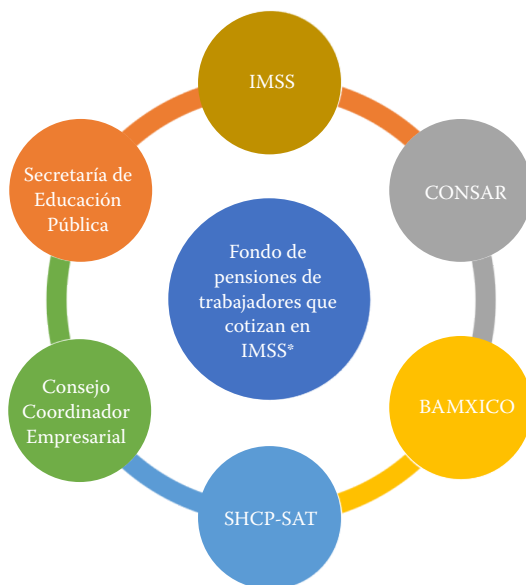


mecanismos, que permitan dotar de capacidades y habilidades financieras a los trabajadores.

Esta Comisión Intersecretarial estará compuesta por:

1. Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR).
2. Banco de México (BANXICO).
3. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).
4. Consejo Coordinador Empresarial.
5. Secretaría de Educación Pública (SEP).

**Figura 1.** Propuesta de actores involucrados en el mecanismo de ahorro de los trabajadores



Se contará con la participación de los representantes de las 14 organizaciones cúpula empresarial: “7 asociados (CONCAMIN, CONCANACO, COPARMEX, AMIS, CMN, CNA y ABM), 5 afiliados permanentes (CANACO, CANACINTRA, AMIB, COMCE y ANTAD) y 2 afiliados especiales (CAINTRA y AMAFORE). Además, fortalecemos nuestra labor con la colaboración de instituciones profesionales como el Centro de Estudios Económicos del Sector Privado (CEESP), la Comisión de Estudios del Sector Privado para el Desarrollo Sustentable (CESPEDES) y la Fundación del Empresariado en México, A.C. (FUNDEMEX)”, (Consejo Coordinador Empresarial, 2023)

Participación del Sistema de Administración Tributaria, que fungirá como ente supervisor y fiscalizador

\*El Fondo de Pensiones será administrado por la CONSAR. Para la creación del mismo, deben realizarse ajustes a la normativa que regula los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Teniendo en cuenta que existirá solo una administradora, este nuevo mecanismo deberá contar con un estatuto y estructura orgánica para su operación y funcionamiento.

Es importante mencionar, que la propuesta de esta Comisión Intersecretarial, considera solo a los trabajadores que cotizan en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), pues ésta no cuenta con un fondo de pensiones como lo tiene el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), que es el PENSIOINISSSTE.

El esquema presentado en la Figura 1, tiene tres elementos mismos que se describen a continuación. Necesario señalar, que la descripción de los mismos, se realiza en orden prioritario y de relevancia, en los cuales se mencionan los actores involucrados y las acciones a realizar.

## Globalizar el sistema de pensiones para el retiro

Como se mencionó en el apartado 2, el sistema de pensión en México es de contribución definida o pensión de capitalización individual. A partir del ajuste a la Ley del Seguro Social en 1997, la pensión de una persona se compone del ahorro y de los rendimientos de las inversiones que se realicen.

Antes de describir la propuesta de este elemento, explicaré cómo funciona este:

En México, las cuentas individuales de ahorro para el retiro de los trabajadores, son gestionadas mediante las Administradoras de Fondo para el Retiro (AFORE), las cuales no son bancos ni aseguradoras, sino instituciones dedicadas a administrar e invertir los recursos que las personas depositan en su cuenta individual.

Las AFORE, están reguladas mediante la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR) y el Reglamento de la LSAR, así como los diversos Acuerdos que ha emitido la CONSAR para su buen funcionamiento.

Cuando un individuo inicia con su vida laboral, deben elegir una AFORE; sin embargo, en muchas ocasiones, las personas (por desconocimiento), no seleccionan alguna, por lo que las cuentas individuales, durante los primeros 12 meses, se depositan en una cuenta concentradora del Banco de México<sup>12</sup>. En el caso de aquellas cuentas individuales que ya cumplieron un año de creación, la CONSAR es quien asigna la AFORE, fijando a la que haya tenido los mejores rendimientos en los últimos años.

Con cifras al cierre del mes de abril de 2023, la CONSAR reporta la siguiente información del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS):

---

<sup>12</sup> Banco Central.

<b>AFORE</b>	<b>Número de trabajadores</b>
Azteca	8.533.761
Citibanamex	8.782.958
Coppel	13.507.052
Inbursa	1.030.672
Invercap	1.925.754
PensionISSSTE	169.010
Principal	2.379.541
Profuturo	3.735.954
SURA	4.791.081
XXI Banorte	7.631.173
<b>Total de trabajadores del IMSS*</b>	<b>52.486.956</b>

Fuente: Elaboración propia con información de la CONSAR, abril 2023.

\*Son trabajadores que están registrados en una AFORE y que cuentan con un Número de Seguridad Social (NSS). Dichos trabajadores, han cotizado por lo menos un bimestre al IMSS.

Para trabajadores del IMSS, se enlistaron 10 AFORE que administran las cuentas individuales, teniendo una mayor participación Coppel (25.7% de las cuentas) y Citibanamex (16.7% de las cuentas). No obstante, bajo este esquema, los beneficios son desiguales. Esto debido a que al tener 10 o mayor número de AFORE, los rendimientos son distintos, a diferencia de si se realiza sobre una cuenta global o concentradora, que permita que los rendimientos sean generales para todos los trabajadores.

En este sentido, la propuesta es que la CONSAR, por medio de una cuenta concentradora y autónoma, sea directamente a través de la creación de un Fondo de Pensiones, exclusivamente de trabajadores del IMSS, que capte, administre e invierta los recursos destinados al SAR de todos los derechohabientes del IMSS, la intención es mejorar rendimientos y homologar la administración y manejo de estos recursos, mismos que podrán ser auditados en cualquier momento por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), a través del Sistema de Administración Tributaria (SAT).

Para que sea posible esto, primeramente, debe reformarse la Ley y el Reglamento del Sistema de Ahorro para el Retiro; el Reglamento Interno de la CONSAR, y la creación del Estatuto Orgánico del Fondo de Pensiones que administrará esta cuenta globalizadora.

Lo anterior implicaría, que dejaran de crearse las AFORE, para dar paso a una nueva figura, que sería el Fondo de los Trabajadores del IMSS.

Entre las modificaciones normativas más relevantes están:

Eliminación de todas las AFORE

Creación de un Fondo de Pensiones de los trabajadores del IMSS, el cual opere mediante una cuenta concentradora

Incorporación del SAT como ente fiscalizador, y a BANXICO como ente regular, el cual deberá emitir los lineamientos para la creación de un Fondo de Pensiones (cuenta concentradora), similar a PENSIONISSSTE

La normativa deberá establecer un **mecanismo sobre la utilización de los recursos que se encuentran en la cuenta individual**. Actualmente, los trabajadores pueden solicitar retirar dinero de su cuenta para liquidar deudas personales, por desempleo o porque no saben realmente el funcionamiento de la AFORE. Sin perjuicio de tal realidad, una manera adecuada de conservar la cuenta y el recurso, es que no sea posible retirar un porcentaje del dinero más que por causas de fuerza mayor, como enfermedad. Así, la solicitud de retiro, debe tramitarse directamente desde el área administrativa de la empresa, encargada de dar seguimiento al sistema de ahorro de los trabajadores, dando visto bueno del retiro solo si se comprueba la existencia de enfermedad.

### **A nivel empresarial e institucional, creación de áreas o unidades administrativas en materia de ahorro**

En México, no es suficiente ser afiliado del IMSS o al ISSSTE (principales instituciones de seguridad social) y realizar los pagos obligatorios a estas instituciones que jubilan a los trabajadores, ya que las pensiones dependen del último salario del trabajador antes de retirarse, pero, sobre todo, del Fondo de Ahorro para el retiro con el que cuenta al finalizar su actividad laboral, por lo que es de suma importancia, fomentar el ahorro voluntario, que es la aportación adicional que se hace como complemento a las obligatorias, dentro de una cuenta individual de las AFORE.

El ahorro voluntario es bajo, y esto se puede deber a varios factores, como son: los bajos salarios y la falta de una cultura financiera de la población. Respecto a los bajos ingresos salariales, al no contar con buenos sueldos, las personas ven restringida su capacidad de ahorro.

Con relación a la cultura financiera, el ahorro es una actividad poco arraigada, que ocasiona que no se visualice el futuro y sus posibles eventualidades que imposibiliten hacer frente, financieramente, a éstas.

En este sentido, cobran relevancia, las actividades destinadas a fomentar la cultura del ahorro, y es aquí donde las empresas e instituciones, juegan un papel importante. Por un lado, considero relevante la creación de un área, dentro de las unidades de recursos humanos, dedicadas, exclusivamente, a proporcionar capacitación en temas de ahorro y ser la fuente de comunicación que permita que los trabajadores, cuenten con la mayor información que les permita tomar decisiones financieras a largo plazo.

La capacitación de las empresas a sus trabajadores en el manejo de sus finanzas personales, uso adecuado de los recursos y fomento del ahorro, se debe regular a través de un acuerdo entre el sector empresarial, mediante el cual, se fijen esquemas de capacitación, como parte de las prestaciones anuales a recibir de los trabajadores o establecer un decreto en el que las empresas manifiesten al Seguro Social y a la CONSAR, los planes que están siguiendo para el fomento del ahorro.

Quizá las empresas asumen, que esto ocasionará gastos adicionales, pero en México, muchas empresas cuentan con un área o un despacho externo, que proporciona servicios de Recursos Humanos y Contabilidad o Finanzas, que en estricto sentido, para la propuesta en comento, deberán ser los responsables de orientar al equipo laboral a manejar el dinero.

Todas las acciones que se realicen en las empresas, deberán ser informadas en la Comisión Intersecretarial, las cuales siempre estarán sujetas a mejoras y cuando los integrantes de esta comisión lo consideren.

## **A nivel educativo, fomentar el ahorro en todos los niveles de educación**

Necesario propiciar un cambio en la forma de pensar de las nuevas generaciones sobre el retiro para la vejez, la relevancia del ahorro y comprender que el retiro es responsabilidad de cada persona, mismo que incluye inversiones, rendimientos comisiones, etc.

En diversos estudios se sostienen, que de un hábito, se aprende y se fortalece en los primeros años de vida, por lo que cuanto antes involucremos a los niños en la administración del dinero, mejores decisiones en cuanto a su patrimonio,

tomarán en su vida adulta. Desde tal óptica, la formación económica financiera en las instituciones de educación básica, es fundamental para proporcionar herramientas, habilidades y capacidades que permitan a los niños comprender y enfrentar el contexto económico y social en el que se desenvuelven, con la finalidad de reducir las brechas de desigualdad existentes.

Las escuelas públicas y privadas, deben aprovechar el uso de la tecnología, para promover el desarrollo comercial, la inteligencia para la creación de nuevos productos y la conservación del dinero (utilizar el dinero de forma efectiva y eficiente).

Se propone que, en los planes de estudio se incluya la formación financiera, la cual debe ser acorde a la edad de los niños. Hoy en día, Banxico cuenta con una plataforma denominada “Banxico educa”, en la cual se da información y material educativo para fortalecer las competencias económicas y financieras de niños, jóvenes, adultos y profesores.

Se sugiere generar vinculación entre la SEP y BANXICO, para utilizar dicha herramienta en pro de la formación de los estudiantes. Para tal fin, es necesario crear folletos, material didáctico, publicidad masiva y potencialización de las redes sociales, que llenen de interés a los niños y jóvenes sobre la importancia de la educación financiera.

## **Consideraciones finales de la propuesta**

La propuesta es para crear el Fondo de Ahorro del IMSS, tal como lo tiene la segunda institución de seguridad social, que es el ISSSTE a través de PENSIONISSSTE. Por lo que en términos generales, se sugieren solo dos cuentas concentradoras, una para los trabajadores del sector privado (IMSS) y otra para los trabajadores de gobierno (ISSSTE a través de PENSIONISSSTE). Por lo tanto, la propuesta de incorporación del SAT y BANXICO, la primera como fiscalizadora, y la segunda como reguladora, deberán aplicar a ambos fondos.

En la Comisión Intersecretarial, deberán participar los titulares de cada una de las dependencias gubernamentales y un representante por cada organización de la cúpula empresarial. Asimismo, en la Comisión deberán participar ambas instituciones de seguridad social (IMSS-ISSSTE), y es en ésta, donde se acordarán acciones y estrategias a realizar en el ámbito de atribución de cada uno de los participantes, se informarán las acciones realizadas y resultados alcanzados, y se propondrán mejoras para que, en el corto, mediano y largo plazo, se visualicen resultados positivos en los sistemas de pensiones.

Si bien esta propuesta de mejora es un tanto ambiciosa por los cambios y los alcances que se esperan, creo que es necesario que se realicen ajustes, pues de no hacerlo, en el futuro habrá un aumento en el número de población adulta desprotegida, con problemas financieros y con problemas de salud.

## Conclusiones

Con lo mencionado a lo largo de este documento, se concluye que México tiene un problema importante en el tema de pensiones para trabajadores que empezaron su vida laboral después de 1997. La creación del sistema de pensiones de contribuciones definidas para los trabajadores que cotizaban en el IMSS, ocasionó transitar de un sistema de reparto, a un esquema privado de pensiones, caracterizado por la implementación de cuentas individuales.

Con la transformación del sistema de pensiones, se dio origen a las entidades financieras especializadas, como son las AFORE, a las cuales se les dio la facultad de administrar los ahorros de los trabajadores, a través de cuentas individuales, recursos que son invertidos por las SIEROFE en el mercado bursátil y supervisados por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR).

A través del ajuste en el sistema de pensiones, es importante que el gobierno modifique algunos ordenamientos legales, para garantizar el uso correcto de los recursos destinados al retiro, además de que deben establecerse mecanismos que den a conocer a los trabajadores, la trascendencia de tener una pensión digna y adecuada, para que puedan vivir sin presión durante la vejez, y poder atender situaciones de salud que vayan surgiendo.

En el actual sistema de pensiones y debido a la composición del mercado laboral, el cual está determinado por la formalidad e informalidad y salarios bajos que limitan la capacidad de ahorro de las personas, una solución inmediata es el ahorro voluntario, actividad que permitirá mejorar las pretensiones de una mejor pensión.

El reto inmediato es, por un lado, introducir modificaciones a la Ley, orientadas a restringir que los derechohabientes usen inadecuadamente esos recursos, así como la creación de una cuenta concentradora, que permita equiparar los beneficios de los trabajadores y; por otro lado, establecer planes de capacitación empresarial y en escuelas de educación básica, con la finalidad de otorgar a las personas herramientas, habilidades y capacidades, para la toma de decisiones financieras.

## Bibliografía

Aguilar Elías, J. W. (1 de junio de 2019). *El outsourcing y su impacto en México*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://contaduriapublica.org.mx/2019/06/01/el-outsourcing-y-su-impacto-en-mexico/>

Aguilar García, J. (8 de mayo-junio de 2006). *LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS REFORMAS A LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN MÉXICO*. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.redalyc.org/pdf/4264/426439536007.pdf>

Aguilar Solís, S. (25 de octubre de 2001). *Antecedentes del Consejo de Salubridad General*. Obtenido de [https://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst\\_lviii/html/066.htm#:~:text=El%20Consejo%20de%20Salubridad%20General%20surge%20en%201887%2C%20durante%20el,Cuerpo%20Consultivo%20de%20la%20Rep%C3%BAblica.](https://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst_lviii/html/066.htm#:~:text=El%20Consejo%20de%20Salubridad%20General%20surge%20en%201887%2C%20durante%20el,Cuerpo%20Consultivo%20de%20la%20Rep%C3%BAblica.)

Aguirre Quezada, J. (julio-septiembre de 2020). *Informalidad en México. Desafíos para la cobertura en pensiones y vulnerabilidad social*. Recuperado en mayo de 2023, de <http://revista.ibd.senado.gob.mx/index.php/PluralidadyConsenso/article/viewFile/691/651>

Albo, A., González, F., Hernández, O., Herrera, C., & Muñoz, A. (2007). *Hacia el fortalecimiento de los sistemas de pensiones en México: Visión y Reformas*. Recuperado en mayo de 2023, de [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/mult/Haciaelfortalecimientodelossistemasdepensionesenmex\\_tcm346-189743.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/mult/Haciaelfortalecimientodelossistemasdepensionesenmex_tcm346-189743.pdf)

Amafore. (6 de diciembre de 2017). *¿Qué son las siefores y cómo funcionan? El economista*.

Cámara de Diputados. (9 de enero de 2020). *7 de enero. Inicio de la Huelga de Río Blanco*. Recuperado en mayo de 2023, de <http://museolegislativo.diputados.gob.mx/?p=6844>

Cámara de Diputados. (Agosto de 2022). *Las pensiones y las finanzas públicas en México (1997-2030)*. Recuperado en agosto de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cefp.gob.mx/publicaciones/investigaciones/inv4.pdf>

Cámara de Senadores. (21 de junio de 2006). *Gaceta Parlamentaria*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/9383#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20abrieron%20el%20camino,Ley%20sobre%20Accidentes%20de%20Trabajo%22.](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/9383#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20abrieron%20el%20camino,Ley%20sobre%20Accidentes%20de%20Trabajo%22.)



Cárdenas García, N. (1998). La huelga de Cananea en 1906. Una reinterpretación. *Estudios Sociológicos*, 117-146.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. (20 de abril de 2006). *Seguridad Social*. Recuperado en mayo de 2023, de [http://archivos.diputados.gob.mx/Centros\\_Estudio/Cesop/Comisiones/2\\_ssosocial.htm#\[Citar%20como\]](http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Comisiones/2_ssosocial.htm#[Citar%20como])

Centro de Investigación Pública. (18 de noviembre de 2021). *EL PANORAMA DE LAS PENSIONES EN MÉXICO*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://imco.org.mx/el-panorama-de-las-pensiones-en-mexico/>

CEPAL. (marzo de 2013). *Mejor educación y empleo para jóvenes son clave para aprovechar el bono demográfico*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.cepal.org/notas/75/EnFoco\\_3#:~:text=indicadores%20de%20coyuntura-,El%20bono%20demogr%C3%A1fico%20hace%20referencia%20a%20una%20fase%20en%20la,todo%20en%20educaci%C3%B3n%20y%20empleo.](https://www.cepal.org/notas/75/EnFoco_3#:~:text=indicadores%20de%20coyuntura-,El%20bono%20demogr%C3%A1fico%20hace%20referencia%20a%20una%20fase%20en%20la,todo%20en%20educaci%C3%B3n%20y%20empleo.)

CEPAL. (2020). *El sistema de pensiones en México. Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad*. Recuperado en junio de 2023, de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45820/1/S2000382\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45820/1/S2000382_es.pdf)

Comisión Nacional de Derechos Humanos. (s.f.). *Estalla la Huelga de Cananea Los mineros y trabajadores reclaman mejores condiciones laborales*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.cndh.org.mx/noticia/estalla-la-huelga-de-canaanea-los-mineros-y-trabajadores-reclaman-mejores-condiciones.>

Comisión Representativa Organismos de Seguridad Social. (3 de marzo de 2008). *Pensiones. Estudio integral de las pensiones que otorga el IMSS*. Obtenido de <https://vlex.com.mx/source/pensiones-estudio-integral-imss-5393>

CONDUSEF. (29 de mayo de 2013). *¿Cómo ahorramos los mexicanos?* Recuperado en mayo de 2023, de <https://revista.condusef.gob.mx/2013/05/como-ahorramos-los-mexicanos/>

CONSAR. (septiembre de 2012). *Reformas a los Sistemas de Pensiones en México*. Obtenido de [chrome-extension://efaidnbmninnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/60358/2012\\_04\\_reformas\\_sistemas\\_de\\_pensiones.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/60358/2012_04_reformas_sistemas_de_pensiones.pdf)

Consejo de Salubridad General. (2023). *HISTORIA DEL CONSEJO*. Recuperado en mayo de 2023, de <http://www.csg.gob.mx/consejo/historia.html>

Cotonieto Martínez, E. (5 de julio de 2021). *Evolución de la Seguridad Social en México y su relación con el contexto socioeconómico nacional (1900-2020)*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pi](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pi)

d=S2529-850X2020000700008#:~:text=1910%2D1911.,fundamentos%20para%20la%20seguridad%20social.

De la Garz T., E., & Melgoza V., J. (mayo de 2023). *Los Ciclos del Movimiento Obrero Mexicano en el Siglo XX*. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/articulos/Ciclosmovimieobrero.pdf

Diario Oficial de la Federación. (24 de mayo de 2021). *ACUERDO por el que se dan a conocer las disposiciones de carácter general para el registro de personas físicas o morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas a que se refiere el artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5619148&fecha=24/05/2021#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5619148&fecha=24/05/2021#gsc.tab=0)

Díaz Limón, J. (2000). LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO UN ENFOQUE HISTÓRICO. *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho Puebla*, 39-59.

DOF. (13 de agosto de 2012). *de Organización General de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro*. Obtenido de [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5265440](https://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5265440)

Espejo García, J. (2019). *Análisis de la Ley de accidentes de trabajo y su aplicación en la agricultura 1900-1922*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/669796/jeg1de1.pdf;jsessionid=D15816DEC1978BCC-D505AB08C328BCB0?sequence=1>

Fundación INTEGRALIA. (s.f.). *¿Qué es el outsourcing?* Recuperado en mayo de 2023, de <https://dkvintegralia.org/blog/que-es-el-outsourcing/>

García García, M. (2020). Sistema de Pensiones en México. *Pluralidad y Concenso*(45), 66-67. Recuperado en mayo de 2023, de file:///D:/Users/areli.gutierrez/Downloads/690-1917-2-PB.pdf

Gómez Rodríguez, J. M. (2012). *LOS EFECTOS DE LA ECONOMÍA INFORMAL PARA LA EXTENSIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO. RETOS Y PERSPECTIVAS*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3142/5.pdf>

Ibero. (17 de octubre de 2018). *Investigación IBERO Política salarial-laboral de Peña Nieto destruyó empleos de altos ingresos*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://ibero.mx/prensa/investigacion-ibero-arroja-que-politica-salarial-laboral-de-pena-nieto-destruyo-empleos-de-altos-ingresos>

IMSS. (31 de diciembre de 2002). *Informe Financiero y Actuarial*. Recuperado en mayo de 2023, de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/<https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/estadisticas/ifa/ifa-2002.pdf>

IMSS. (2021). *Memoria Estadística 2021*. Obtenido de <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss/memoria-estadistica-2021>

IMSS. (4 de septiembre de 2021). *Migran 2.7 millones de trabajadores del outsourcing a empresas reales: IMSS*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/389>

IMSS. (2022). *Te explicamos el Régimen de la Ley de 1997 del IMSS*. Obtenido de Te explicamos el Régimen de la Ley de 1997 del IMSS

INEGI. (2019). *Personal ocupado subcontratado en las unidades económicas*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva\\_estruc/702825198671.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825198671.pdf)

INEGI. (20 de febrero de 2023). *ENCUESTA NACIONAL DE OCUPACIÓN Y EMPLEO, NUEVA EDICIÓN. CUARTO TRIMESTRE DE 2022*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/enoent/enoent2023\\_02.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/enoent/enoent2023_02.pdf)

Leal F., G. (2012). La salud y la seguridad social del Dr. Zedillo (1994-2000). *El Cotidiano*, 72-81. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmn-nnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.redalyc.org/pdf/325/32523118009.pdf>

Lomelí Vanegas, L. (s.f.). *LA REFORMA INCONCLUSA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO*. Recuperado en mayo de 2023

Martínez Aviña, J. (2019). *México: propuesta para un nuevo sistema de pensiones*. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ciss-bienestar.org/v2019/wp-content/uploads/2020/06/Una-propuesta-para-reformar-el-sistema-de-pensiones-en-mexico.pdf>

Mendizábal Bermúdez, G. (2019). Avances y retrocesos de la Seguridad Social en México, 2017. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 786-814. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://riia.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/1075/Avances%20y%20retrocesos%20de%20la%20Seguridad%20Social%20en%20M%C3%A9xico%2C%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mendizábal Bermúdez, G. (2021). Informe: avances y retrocesos de la seguridad social en México, 2020. *Revista latinoamericana de derecho social*. doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2021.33.16331>

Mendoza Austria, F., & Lira Díaz, A. (Diciembre de 2016). *La seguridad social y las reformas a los sistemas de pensiones en México*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/icea/n9/index.html>

Mendoza Villanueva , L. (junio de 2018). *Leyes 1943, 1973, 1997 del Seguro Social: En sus pensiones contempladas*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.researchgate.net/publication/327023543\\_Leyes\\_1943\\_1973\\_1997\\_del\\_Seguro\\_Social\\_En\\_sus\\_pensiones\\_contempladas](https://www.researchgate.net/publication/327023543_Leyes_1943_1973_1997_del_Seguro_Social_En_sus_pensiones_contempladas)

Millán Valenzuela, H. (22 de septiembre de 2022). *Pensiones y pobreza en México: evaluación de dos propuestas empresariales*. Recuperado en mayo de 2023, de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-49642022000200235&script=sci\\_arttext#aff1](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-49642022000200235&script=sci_arttext#aff1)

Morfín Herrera, M. M. (2019). Conociendo un poco del INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. *CNX conexión*(3), 4-7. Recuperado en mayo de 2023, de <https://conexion.udlap.mx/edicion-3/>

OCDE. (2016). *Estudio de la OCDE sobre los sistemas de pensiones: México*.

Oropeza Eng, I. J. (4 de abril de 2008). *Una bomba de tiempo: el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los trabajadores del IMSS*. Recuperado en mayo de 2023, de [file:///D:/Users/areli.gutierrez/Downloads/oropeza\\_ij\\_000203927.pdf](file:///D:/Users/areli.gutierrez/Downloads/oropeza_ij_000203927.pdf)

Orozco Valdez, E. J. (25 de mayo de 2017). *LA ECONOMÍA INFORMAL EN MÉXICO*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://portal.ucol.mx/content/micrositios/131/file/A5EconomiayAlgoMas.pdf>

Pavón León, L. M., & Méndez Montero, A. (2011). La Crisis del Instituto Mexicano del Seguro Social. *Revista Médica de la Universidad Veracruzana*, 38-52.

Pulido A., A. (Abril de 2006). *Los trabajadores de la UNAM y su incorporación al ISSSTE*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://stunam.org.mx/8prensa/legadosindical/legado5/legado5-2.htm>

Reportye Indigo. (12 de noviembre de 2020). *LA HISTORIA DEL OUTSOURCING EN MÉXICO INICIÓ CON CALDERÓN EN 2012*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.reporteindigo.com/reporte/la-historia-del-outsourcing-en-mexico-inicio-con-calderon-en-2012/>

Ruíz Rodríguez, A., & Bergés, Á. (julio de 2002). *El nuevo paradigma de las finanzas personales. Bolsa de Madrid*. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2002/07/p10-17.pdf>

Secretaría de Cultura. (mayo de 2023). *Ricardo Flores Magón*. Obtenido de <https://www.inehrm.gob.mx/es/inehrm/magon>

Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (enero de 2021). *Reforma a la Ley del Seguro Social y a la Ley del SAR*. Recuperado en mayo de 2023, de <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/>

tension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/605038/Nota\_Reforma\_de\_Pensiones\_VFF.pdf

Secretaría de Salud. (14 de septiembre de 2022). *Depresión y ansiedad, principales problemas de salud mental en estos segmentos poblacionales*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.gob.mx/salud/prensa/467-mas-de-50-de-trastornos-mentales-en-la-edad-adulta-iniciaron-en-la-ninez-y-la-adolescencia?idiom=es>

Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (16 de mayo de 2021). *Reforma en Materia de Subcontratación*. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.gob.mx/stps/es/articulos/reforma-en-materia-de-subcontratacion?idiom=es>

Servín Alba, A. (27 de febrero de 2023). ¿Cómo se pueden recuperar los recursos del SAR 92? *El Economista*.

Ulloa Padilla, O. (2017). Reforma de pensiones en México: diseño, promesas y evidencias. *El Cotidiano*, 7-28. Recuperado en mayo de 2023, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32553151002>

Valencia Lomelí, E., Foust Rodríguez, D., & Tetreault Weber, D. (abril de 2012). *Sistema de protección social en México a inicios del siglo XXI*. Recuperado en mayo de 2023, de [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3979/1/S1200229\\_es.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3979/1/S1200229_es.pdf)

Zallas Esquer, L. A., & Espinosa Morelos, F. (s.f.). *ORÍGENES DEL SINDICALISMO EN MÉXICO*. Recuperado en mayo de 2023, de [file:///D:/Users/areli.gutierrez/Downloads/68-Art%C3%ADculo-271-1-10-20180420%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/areli.gutierrez/Downloads/68-Art%C3%ADculo-271-1-10-20180420%20(1).pdf)



# 4

## El régimen pensional de los aviadores civiles en Colombia

*Luis Fernando Moreno Sánchez<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Abogado; *magister* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional; especialista en Derecho del Trabajo y en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social de la Universidad nacional; director de posgrados de la Universidad Católica.





## Introducción

El régimen pensional de los aviadores civiles en Colombia, desde su evolución histórica en la década de los años 50, resulta un poco inédita por sus particularidades, y la forma como se les dio un trato diferente en su condición de oficiales de la reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea, frente a otras profesiones u oficios, por razones de orden público para la época y la importancia de la conectividad de las diferentes regiones del territorio nacional, a las que aun hoy, por razones geográficas, no hay otra forma de comunicarlas; fue así como, en un primer momento, esta prestación pensional, estuvo a cargo de las empresas empleadoras, y con posterioridad, fue trasladado en reconocimiento pensional, a una Caja de Auxilios, integrada por representantes del Gobierno, las empresas y los trabajadores, para lo cual, se expidió a lo largo de la historia, una serie de normas de carácter especial para su sostenimiento, tales como, la Ley 100 de 1993, numerales 2º y 4º del artículo 139 de la precitada norma, el Reglamento del Régimen Pensional Especial para los Aviadores Civiles, bajo postulados del régimen de prima media con prestación definida pero con una forma de financiación a partir de las inversiones de los recursos del portafolio legal y los rendimientos producidos.

Situación que hace diferente este régimen pensional a los modelos consagrados en la Ley 100 de 1993 (artículo 12)<sup>1</sup>, sistema que es administrado en la actualidad, por la única Administradora de Pensiones a cargo de los trabajadores, de naturaleza civil, sin ánimo de lucro. Modelo pensional que no ha sido tenido en cuenta o incluido en las diferentes propuestas de reforma pensional a lo largo de la historia. Entender el presente modelo pensional, resulta relevante en la medida que, en las últimas 3 décadas, ha pagado mesadas pensionales con prestaciones definidas sin la afectación de los recursos de la Nación. Es así como, el régimen pensional de los aviadores civiles, a lo largo

---

<sup>1</sup> Artículo 12. Regímenes del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones, está compuesto por dos regímenes solidarios, excluyentes pero que coexisten, a saber: (a.) Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; (b.) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

de la historia, les ha permitido a las empresas de aviación, en su calidad de empleadoras, ir amortizando la deuda pensional, como lo veremos desde las diferentes disposiciones que se han expedido.

Después de la Constitución Política de 1991, el sistema pensional de los aviadores civiles, se reglamentó con relación a las prestaciones pensionales en el Decreto Legislativo 1282 de 1994, y la obligación a cargo de las empresas de aviación, en principio, en el Decreto Legislativo 1283 de 1994, con el objetivo de regular todo lo concerniente al régimen pensional de ese sector de la población, la naturaleza jurídica de la Administradora para este caso CAXDAC, así como sus obligaciones, facultades y financiación de las reservas pensionales a su cargo. Para lo cual se hará un recuento normativo destacando las principales particularidades de este régimen, en armonía con los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes.

Disposiciones que han sido objeto parcial de modificación y de derogatorias mediante normas del mismo rango legal, de modo que, tanto aquellas como éstas, integran el régimen especial de pensiones de los aviadores civiles afiliados a CAXDAC y, en tal medida, para aplicar sus disposiciones correctamente, deben estudiarse y analizarse en forma armónica, como un todo, en consonancia con las leyes 797 de 2003 y 860 de 2003 y con el Acto Legislativo 01 de 2005, que a más de consagrar el respeto por los derechos adquiridos conforme a normas precedentes, establece a cargo del Estado, la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

## **Antecedente histórico normativo y creación de CAXDAC**

### **Código Sustantivo del Trabajo**

Con el fin de entender el sistema pensional de los aviadores civiles, en primer lugar, debemos tener en cuenta el antecedente normativo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, que consagraba la obligación de reconocer la pensión de jubilación para los trabajadores particulares dependientes en cabeza de los empleadores, tal como lo dispuso el legislador en el año de 1950, en los términos señalados en el artículo 260<sup>2</sup>, y en el mismo sentido, incluyó esta pres-

---

<sup>2</sup> Artículo 260. DERECHO A PENSIÓN. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los

tación patronal en primer lugar para las “Las radioperadoras” con 20 años de servicio y a cualquier edad<sup>3</sup>, (posteriormente fue ampliado a través del Decreto 617 de 1954 para operadores de radio, cable o similares<sup>4</sup>), prestación que fue también reconocida por vía de excepción en los mismos términos para los aviadores civiles como da cuenta el artículo 270 del estatuto laboral que señalaba lo siguiente:

**“Artículo 270. OTRAS EXCEPCIONES.** Lo dispuesto en el artículo anterior, se aplica a los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones, a los dedicados a labores que realicen a temperaturas anormales”.

Es así como, desde el inicio de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, los aviadores civiles podían adquirir la pensión de jubilación acreditando los siguientes requisitos; (i) una edad de 55 años para los hombres y 50 años para las mujeres, (ii) con veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos en una misma empresa, y esto en el sentido de que era una prestación especial a cargo de los empleadores.

---

cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

3 Artículo 269. Las radiooperadores que presten servicios a los patronos de que trata este Capítulo tienen derecho a la pensión de jubilación aquí regulada, después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que sea su edad, pero los servicios en dicho lapso deben haber sido prestados en la actividad de operador de radio exclusivamente.

4 Artículo 269. Operadores de radio, cable y similares. 1. Los Operadores de radio, de cable y similares que presten servicios a los patronos de que trata este Capítulo, tienen derecho a la pensión de jubilación, aquí regulada, después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que sea su edad.

2. La calidad de similares de que trata el numeral 1 de este artículo, será declarada, en cada caso, por la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo.

## Origen de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC “CAXDAC” – Decreto Ley 1015 de 1956 y su evolución normativa hasta antes de la Ley 100 de 1993

El Presidente de la República el 3 de mayo de 1956, previas consideraciones especiales de orden público<sup>5</sup>, expidió el Decreto Legislativo 1015, que en su artículo 8° creó la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC – CAXDAC, como una entidad sin ánimo de lucro, de naturaleza privada, con el fin de atender el mejoramiento económico, cultural y técnico de los aviadores civiles, sostenida con los aportes de sus afiliados, y auxilios del Gobierno cuando este lo estimara conveniente, para lo cual, inicialmente el Gobierno tendría un representante en la Junta Directiva de la Caja, de libre nombramiento y remoción, por designación del Presidente de la República<sup>6</sup>, a partir del anterior decreto, se facultó a la Caja para expedir sus propios reglamentos, con normas especiales que fijara el Gobierno, y en consecuencia, la Caja empezaría a asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los aviadores civiles, en su calidad de trabajadores dependientes, y que estaban a cargo de los empleadores y las Empresas de Aviación.

A la vez, se tiene que, en el artículo 10° del Decreto Legislativo 1015 de 1956, se estipuló, que la Caja, asumiera el pago de todas las prestaciones sociales que por ley correspondan a los aviadores civiles del escalafón de reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea<sup>7</sup>, para lo que el Gobierno determinaba la cuantía y condiciones de

---

5 Por medio del Decreto número 3.518 de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional: que es deber constitucional inspeccionar las profesiones u oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad pública; que este deber, en lo tocante a las actividades aéreas comerciales se hace aún más imperiosos, en especial cuando se trata de la profesión de Aviaador Civil cuyas funciones estén vinculadas al orden público y seguridad del país; y que existe interés de orden superior para el Estado en que el personal de pilotos civiles, considerados como Reserva de 2ª Clase, al tenor del ordinal c), numeral 2° del artículo 158 del Decreto n.° 3.220 de 1953, sea debidamente escalafonado y clasificado por especialidades y funciones.

6 Artículo 8° Decreto 1015 de 1956.

7 Artículo 1°. Los ciudadanos colombianos que ejercen las actividades de pilotos y navegantes civiles en empresas aéreas nacionales de transporte público, de trabajos aéreos o de turismo en las condiciones que determina la Ley 89 de 1938 y demás disposiciones que las adicionan y complementan, constituyen la reserva de Oficiales de Segunda Clase de la Fuerza Aérea Colombiana.

Artículo 2°. Organízase el Escalafón de Reservas Aéreas Militares de 2ª Clase en el cual figurarán los profesionales mencionados en el artículo anterior, mientras no hayan cumplido sesenta y cinco (65) años de edad y se hallen en condiciones de aptitud psico-física y técnicas correspondientes para acudir al llamamiento por convocatoria en caso de movilización total o parcial.

los aportes de las empresas para su financiación<sup>8</sup>, de esta manera, le fue reconocida a CAXDAC, su personería jurídica por medio de la Resolución n.º 2271 del 22 de agosto de 1957 del Ministerio de Justicia, y es así como, la pensión de jubilación consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de las empresas empleadoras, fue asumida por la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC, por lo que se expidió el Decreto 1053 de 1958, el cual estableció los aportes que debían pagar las empresas de aviación a favor de la Caja, por pasajero transportado, y por kilo de carga<sup>9</sup>, para ser relevadas del pago de la pensión de jubilación, para el caso de las empresas de aviación destinadas a trabajos especiales, realizaban aportes especiales, según lo estipulado a través de un convenio efectuado entre la Caja y la empresa de Aviación ante el Ministerio de Fomento, y para entrar en vigencia, debía ser aprobado por el Ministerio de Trabajo<sup>10</sup>.

## Ley 32 de 1961

Con posterioridad a los antecedentes en comento, se expidió la Ley 32 del 28 de junio de 1961, que dictó disposiciones sobre las prestaciones sociales de los aviadores civiles, que se financiarían con aportes de las empresas nacionales de aviación que tuvieran a su servicio pilotos civiles catalogados como miembros del escalafón de reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea, de tal manera que el Gobierno, se reservó la facultad de establecer las condiciones y la cuantía de los aportes, previo estudio actuarial que las empresas le presentaran<sup>11</sup>, las empresas de aviación debían pagar mensualmente, los aportes a la caja, de acuerdo con la liquidación que esta última presentara debidamente aprobada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para lo cual se autorizó a las empresas, a realizar un descuento al sueldo de los pilotos a su servicio, para ser entregados a la Caja<sup>12</sup>, en los términos del artículo 5º de la referida ley; la liquidación que realizara la Caja, tenía preferencia en caso de quiebra o liquidación de las empresas obligadas a pagar los aportes.

---

8 Artículo 10. A partir de la fecha en que la Caja de que tratan los dos artículos anteriores asuma el pago de todas o una cualquiera de las prestaciones sociales que por ley corresponden a los aviadores civiles, las empresas nacionales de aviación civil que mantengan a su servicio miembros del Escalafón de Reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea contribuirán con sus aportes a la financiación de la referida Caja, en la cuantía y condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuales que la Caja le presente.

9 Artículo 1º del Decreto 1053 de 1958.

10 Artículo 4º *ibídem*.

11 Artículo 1º Ley 32 de 1961.

12 Artículo 4º *ibídem*.

El 9 de mayo de 1963, se expidió por parte del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el Decreto n.º 1030, en el que se fijaron los aportes para la Caja a cargo de las empresas de Aviación, y se ordenó el pago de \$4.000.008, a cargo de trece (13) empresas de aviación, obligación que debía ser cubierta entre el 1º de mayo de 1963 y el 30 de abril de 1964, en pagos mensuales de doceavas partes, y de conformidad con el artículo 4º, a partir del 1º de mayo de 1963, la Caja asumiría el pago de la pensión de jubilación de los aviadores civiles y navegantes civiles, vinculados a empresas comerciales de aviación civil; añádase, que en la misma disposición se indicó, que las empresas no incluidas en este decreto, debían seguir reconociendo por su cuenta la pensión de jubilación<sup>13</sup>.

## Decreto 1589 de 1964

El Presidente de la República el 3 de julio de 1964, expidió el Decreto 1589, por medio del cual, creó la comisión integrada por 2 representantes de las compañías de aviación civil, 2 representantes de los pilotos civiles y 2 representantes del Gobierno, para que se encargaran de elaborar un proyecto de Estatuto sobre derechos y deberes de pilotos civiles.

El 2 de septiembre de 1964, se emitió por parte del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el Decreto n.º 2358, por medio del cual, se fijaron los aportes para la Caja a cargo de las empresas de Aviación, y se ordenó el pago de \$4.499.100, a cargo de diez (10) empresas de aviación.

## Decreto 672 de 1965

El 23 de marzo de 1965, el Ministerio de Guerra, expidió el Decreto 672 de 1965, que reglamentó la condición de los Aviadores Civiles como Oficiales de la reserva de 2ª Clase de la Fuerza Aérea, conforme al artículo 1º del Decreto Ley 1015 de 1956, para lo cual deberían contar con la licencia expedida por la Aeronáutica Civil o licencia extranjera refrendada por la misma entidad, y al respecto se indicó, que solo podrían ser llamados a filas por parte del Gobierno Nacional, en circunstancias especiales de índole internacional o por alteración del orden público interno<sup>14</sup>, contempló las obligaciones de los Aviadores civiles en caso de ser llamados a filas y las obligaciones para las empresas empleadoras en caso de estas circunstancias.

---

<sup>13</sup> Artículo 5º.

<sup>14</sup> Artículo 1º.

Por tercera vez, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el 2 de septiembre de 1965, expidió el Decreto 2326, por medio del cual fijó a cargo de once (11) empresas de aviación, una contribución para la financiación de la Caja de Auxilios y Prestaciones, por un valor de \$4.500.000, que debía ser pagado en el período comprendido del primero (1º) de mayo de 1965 al treinta (30) de abril de 1966, suma que fue distribuida en proporción a cada una de las empresas, siendo Avianca la de mayor contribución, con una suma de \$2.958.905, como en los casos anteriores, las empresas debían pagar las sumas asignadas por doceavas partes, sobre la liquidación que la caja les presentara, previa aprobación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y las demás empresas de aviación que no se hubieran incluido en la lista debían seguir cubriendo la obligación de jubilación de sus pilotos de manera directa.

Bajo estas mismas reglas y plazo de un año, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, expidió los siguientes: (i) Decreto 635 del 10 de septiembre de 1967, por medio del cual se fijaron los aportes para once (11) empresas, por un valor de \$5.097.684,48, que debían pagarse entre el 1º de mayo de 1966 y el 30 de abril de 1967; (ii) Decreto 2216 del 14 de agosto de 1968, en el que se fijó la suma de \$6.179.971,08, a cargo de nueve (9) empresas, con el mismo plazo de un año.

Para el año de 1969, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con la expedición del Decreto 2064 del 28 de noviembre del mismo año, después de haber realizado un amplio y detallado análisis del estudio actuarial presentado por CAXDAC, en los que se tuvieron en cuenta factores tales como, el número de aviadores civiles activos, retirados, rentas *postmortem* percibidas por los beneficiarios, el valor de la nómina del personal activo como aviadores al servicio de las diferentes empresas de aviación civil, edad promedio de retiro basada en la experiencia histórica, edad, años de servicio, y las reservas correspondientes al personal, la tasa de interés técnica, se estableció que la caja al 31 de diciembre de 1968, debía tener constituidas reservas para el pago de pensiones de jubilación y rentas *postmortem* por un valor de \$59.208.175, y al haber recibido por parte de las empresas una suma equivalente a \$34.756.426, ello arroja un déficit actuarial de \$24.451.749; por consiguiente, el Gobierno Nacional estimó adecuado un plazo de cuatro (4) años para cubrir el déficit actuarial, fijando la suma de \$6.112.932, dividida entre once (11) empresas<sup>15</sup>, que debía pagarse en el período comprendido del primero (1º) de mayo de 1969 al treinta (30) de abril de 1970.

---

15 Avianca pagaría la suma de \$5.019.480.

Como en los casos anteriores, las empresas debían pagar las sumas asignadas por doceavas partes, sobre la liquidación que la caja les presentara, previa aprobación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y las demás empresas de aviación que no se hubieran incluido en la lista, debían seguir cubriendo la obligación de jubilación de sus pilotos de manera directa.

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, expidió el 30 de abril de 1971, el Decreto 728, fijando la suma de \$9.128.802, a las once (11) empresas<sup>16</sup>, que debía pagarse en el período comprendido del primero (1º) de mayo de 1970 al treinta (30) de abril de 1971, con las mismas condiciones para el pago en doceavas partes y condiciones de aprobación de los decretos anteriores, el 16 de enero de 1973, expidió el Decreto n.º 59, por medio del cual, estableció la cantidad de \$8.029.668, que debían pagar para esta anualidad 16 empresas<sup>17</sup> de aviación en el lapso de tiempo comprendido entre el 1º de mayo de 1971 y el 30 de abril de 1972.

## Decreto 60 de 1973

El 16 de enero de 1973, se expidió el Decreto 60, por el cual se reglamentó la Ley 32 de 1961, que entre otros aspectos definió, quiénes son aportantes y quiénes afiliados, a más de consagrar de qué manera se financiarían los fondos de CAXDAC destinados al pago y reconocimiento de las prestaciones que quedaron a su cargo, en cuyo artículo 2º estableció, las cuotas que debían pagar las empresas aportantes en el período comprendido del 1º de mayo de 1972 al 30 de abril de 1973, naturaleza jurídica de CAXDAC, funciones de la caja, naturaleza de los fondos, condiciones de los estatutos y facultades para reglamentarlos, pensión de jubilación de los pilotos<sup>18</sup>, la facultad del Gobierno para fijar cada año con anterioridad al 1º de mayo la cuantía que debe aportar cada empresa de aviación civil, teniendo en cuenta los estudios actuariales presentados por CAXDAC; asimismo, estableció los criterios para la elaboración del cálculo

---

16 Avianca, SAM, Aerotaxi, Aerocondor, Aerocosta, Aeropesca, Cessnyca, TAO, Tacata Tass, Tarca.

17 Avianca, Helicol, SAM, Aerovías, Aerocondor, Aerocosta, Cessnyca, Tao, Colpet, Helivalle, Tass, Tarca, La Urraca, TAC, Taba, Aeropesca.

18 Artículo 11. Los pilotos, copilotos o navegantes tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, cumplidos veinte (20) años de servicios, aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará solamente en el caso de que el afiliado haya prestado servicios a empresas aportantes que, a su turno, hayan contribuido con sus aportes y por el mismo tiempo a la financiación de "CAXDAC".



actuarial<sup>19</sup>, obligaciones, plazos, e intereses de mora a cargo de las empresas aportantes; a través de este decreto, se vinculó a las empresas de trabajos aéreas especiales, como contribuyentes a la financiación de CAXDAC<sup>20</sup>.

Posteriormente, tanto el Decreto Legislativo 1015 de 1956 como la Ley 32 de 1961, salieron del ordenamiento jurídico, al entrar en vigencia el nuevo Sistema General de la Seguridad Social Integral, pues fueron reemplazadas en su integridad por los Decretos Leyes 1282 y 1283 de 1994, expedidos en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, con el fin de armonizar las disposiciones anteriores con el nuevo orden normativo de pensiones.

De manera paralela a la implementación del Sistema de Seguridad Social Integral, desarrollado por la Ley 100 de 1993, de la cual debemos indicar como fecha de referencia el 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, (artículo 151 *eiusdem*)<sup>21</sup>; se dio un desarrollo normativo

---

19 Artículo 14. En la elaboración de los cálculos actuales de que trata el artículo anterior, se adoptarán los siguientes criterios:

- a) Las prestaciones sociales son aquellas que por ley están obligadas a pagar las empresas aportantes y que “CAXDAC” haya asumido o asuma.
- b) La edad promedio de retiro será la resultante de la media en que efectivamente se hayan retirado de las empresas aportantes los afiliados con derecho a pensión, plena en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la prestación del estudio.
- c) El interés técnico será el interés bancario corriente que haya regido según certificación de la Superintendencia Bancaria.
- d) La base técnica de mortalidad será la llamada “tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados 1955/69 Rentistas” o la que sustituya a ésta, debidamente aprobada por la Superintendencia Bancaria.
- e) El valor de los bienes de “CAXDAC” será el avalúo catastral con respecto a los bienes inmuebles y el de la Bolsa con respecto a los papeles de inversión. Los demás bienes se avaluarán por la propia “CAXDAC”.

Parágrafo. Para los efectos de los ordinales c) y e), se tomarán los valores correspondientes al tercer mes inmediatamente anterior a la prestación de los estudios.

20 Artículo 18. Dentro del término de un (1) año, contado a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto, las empresas aportantes de trabajos aéreas especiales que no han contribuido a la financiación de “CAXDAC” deberán presentar al Departamento para su aprobación, los convenios particulares de que trata el artículo 6° de la Ley 32 de 1961. Estos convenios además requerirán la aprobación de los Ministerios de Desarrollo Económico y del Trabajo y Seguridad Social. Si dentro del plazo señalado no se celebrare tales convenios, el Gobierno fijará los términos y condiciones en que dichas empresas deben hacer sus aportes.

21 Artículo 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de

que buscaba armonizar el régimen especial de pensiones de los aviadores civiles con lo que buscaba el Legislador en desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 48 de la Carta Política de 1991.

## Evolución normativa después de la Ley 100 de 1993

De conformidad con las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 1282 el 22 de junio de 1994, por medio del cual se estableció el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles (*modificado por el Decreto 1285 de 1994, que corrigió un yerro tipográfico*), decreto que fue modificado en el Decreto 1302 del mismo año, por medio del cual se adicionó el régimen pensional de los aviadores civiles<sup>22</sup>; a la par, la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C-375 del 24 de agosto de 1995, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, declaró EXEQUIBLE, el Decreto 1282, con las siguientes características principales, en primer lugar, a partir de la entrada en vigencia del precitado decreto, se delegó en CAXDAC, la administración de dos (2) regímenes pensionales para los aviadores civiles<sup>23</sup>, estipulados en los artículos 3°, 4° y 6°, como se estudiará más adelante.

---

cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

22 Artículo 1°. El artículo 4° del Decreto 1282 de 1994 quedará así: “Beneficios del régimen de transición. Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios. Podrán acumularse tiempos de servicios en otras empresas de transporte aéreo. Se exceptúa el tiempo laborado en empresas aportantes a Caxdac que se hayan disuelto, en el tiempo correspondiente a la porción no pagada del cálculo actuarial a Caxdac. Parágrafo. Cuando se trate de aviadores que hayan estado vinculados a varias empresas, cada empresa ajustará su participación en el cálculo actuarial, de modo que todas cubran su porción al salario promedio del último año”.

Artículo 2°. Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición previsto en el Decreto 1282 de 1994, no están en la obligación de seleccionar ninguno de los regímenes del Sistema General de Pensiones.

Artículo 3°. La invalidez de que trata el artículo 11 del Decreto 1282 de 1994, se considerará como incapacidad laboral del 100%.

23 **Artículo 7°. ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN.** El régimen de transición previsto en el artículo 3° y las pensiones especiales transitorias consagradas en el artículo 6° del presente decreto,

## Naturaleza jurídica de CAXDAC

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles “ACDAC” CAXDAC, podemos dilucidar en consideración a todo lo anterior, que es una Administradora de Pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de los Aviadores Civiles Pilotos o Copilotos, sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con el art. 10 del Decreto Ley 1283 de 1994<sup>24</sup>, creada por el Decreto 1015 de 1956, normativa convertida en legislación permanente en la Ley 32 de 1961, Decreto Reglamentario 60 de 1973, y ratificada en los Decretos Legislativos 1282, 1283, 1285 y 1302 de 1994, expedidos en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el art. 139 de la Ley 100 sancionada en 1993. En este sentido, el artículo primero del Decreto 1283 de 1994, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 1°. NATURALEZA JURÍDICA. La **entidad administradora** del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6o. de dicho decreto, será la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada “CAXDAC”, **entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro**, creada por medio del Decreto Legislativo número 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961”*  
*(Subrayas fuera del texto original de la norma).*

Es así como, debe tenerse en cuenta que CAXDAC, en su calidad de Administradora de los regímenes pensionales de los aviadores civiles, por definición legal, también administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como claramente se desprende de la anterior disposición, la cual debe armonizarse con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993.

---

correspondientes a los aviadores civiles de las empresas de transporte aéreo, serán administrados por la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac-Caxdac, entidad a la cual sus afiliados harán las respectivas cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia.

<sup>24</sup> Artículo 10 . Vigilancia Estatal. El control y vigilancia de Caxdac corresponderá a la Superintendencia Bancaria, organismo que tendrá para este fin las mismas facultades de control y vigilancia que para las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, mientras Caxdac administre el régimen de transición de los aviadores civiles”.

## Decreto Legislativo: 1282 de 1994

**“Artículo 1°. Campo de Aplicación.** *El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los aviadores civiles, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en el presente Decreto (...)* (Subrayas fuera del texto original de la norma).

*A partir de la disposición anterior se tiene que el Sistema General de Pensiones Contenidas en la Ley 100 de 1994 se aplica los aviadores civiles que no consolidaron su derecho pensional en régimen de transición (artículo 3° ibídem) o en el régimen de pensiones especiales transitorias (artículo 6° ibídem).*

## Ley 100 de 1993

Es así como CAXDAC en su calidad de Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con la excepción consagrada en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, prevé:

**“Artículo 52. Entidades administradoras.** *El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.*

*Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.*

*Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidos a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”. (Subrayas fuera del texto original de la norma).*

## Decreto 1269 de 2009

Situación que fue ratificada en el Decreto 1269 de 2009 en los siguientes términos:

**“Artículo 1°. Elaboración de cálculos actuariales.** *Las empresas del sector privado mencionadas en el artículo 3° de la Ley 860 de 2003 deberán elaborar un cálculo actuarial de las obligaciones pensionales a favor de los aviadores y demás personas de que trata el Decreto-ley 1283 de 1994, de*

*conformidad con lo previsto en el Decreto 2783 de 2001 o las normas que lo modifiquen o adicionen, **con la información básica suministrada por parte de la entidad administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (CAXDAC)***". (Subrayas fuera del texto original de la norma).

Posición que ha sido reiterada de manera pacífica por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos: la sentencia SL – 556 de 2018 reafirmó que CAXDAC: "[...] *pasó de simple caja pagadora a ser un ente administrador de pensiones del régimen de prima media con prestación definida*".

*"El marco normativo que regula el régimen legal aplicable a CAXDAC y el reconocimiento o pago de las pensiones jubilatorias de los aviadores civiles, fue definido en sentencia CSJ SL, 16 mayo. 2006, rad. 23295, reiterada, entre otras, en la sentencia CSJ SL SL8172-2017, así:*

*2. Con la expedición de la ley 100 de 1993, cuyo artículo 139 otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias <para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles ...>, la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, como entidad subsistente del régimen anterior, tuvo que ser adaptada al nuevo régimen de seguridad social integral y pasó de simple caja pagadora a ser un ente administrador de pensiones del régimen de prima media con prestación definida". (Subrayas fuera del texto original de la sentencia).*

En el mismo sentido, respecto a la pensión de invalidez de los aviadores civiles, y para el caso de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado o por muerte del pensionado, CAXDAC administra el régimen de prima media con prestación definida, contenido en la Ley 100 de 1993, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 44735, el 28 de enero de 2015 expuso:

*" (...) Fluye claro el acierto del juez de la alzada, toda vez que no solo los aviadores civiles pertenecen al sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, conformado por los subsistemas de pensiones, salud y riesgos laborales, sino que **además la Junta Especializada de Calificación de que trata el artículo 12 del Decreto 1282 de 1994, tiene plena competencia para evaluar la pérdida de capacidad laboral de todos los pilotos de aviación, en los eventos descritos de quienes estuvieron en el régimen de transición así no se encuen-***

*tren vinculados a Caxdac, pues no es esta la condición de que trata el precepto legal, sino que la facultad de dicho ente está supeditada a la existencia de la licencia expedida por la Aeronáutica Civil, requisito al margen de la discusión en esta sede judicial (...)" (negrilla fuera del texto).*

Por lo que concierne a las funciones, es pertinente recordar lo que dispone el inciso 2° del artículo 12 del Decreto Ley 1282 de 1994, el cual, establece que le corresponde a la Junta Especial determinar, en única instancia, "(...) de conformidad con las normas especiales contenidas en el manual único para la calificación de la invalidez, de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993". Al revisarse la prescripción que sobre el Manual Único de Calificación establece el Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se observa que su expedición se le atribuye el Gobierno Nacional y, se preceptúa que tal conjunto de normas debe contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad del respectivo afectado, para desempeñar sus labores por pérdida de su capacidad laboral".

## **Regímenes pensionales especiales que administra CAXDAC**

Después de la expedición de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional reglamentó los regímenes pensionales que administra CAXDAC, y el Decreto Ley 1282 de 1994 y demás normas concordantes, se expidieron con el fin de reglamentar las condiciones especiales en que se pensionarían los aviadores civiles afiliados a la Caja.

Así las cosas, en la actualidad CAXDAC administra tres regímenes pensionales, a saber:

- a) Régimen de Transición (artículos 3° y 4°).
- b) Régimen de Pensiones Especiales Transitorias (artículo 6°) y
- c) Sistema General de Pensiones (previsto en la Ley 100 de 1993).

### **Régimen Pensional administrado por CAXDAC "RÉGIMEN DE TRANSICIÓN"**

Este régimen se encuentra regulado en el artículo 3° del Decreto 1282 de 1994, disposición que en lo pertinente consagra:

*“Artículo 3. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS AVIADORES CIVILES. Los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el presente artículo, siempre que al 1° de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:*

- a. Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;*
- b. Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más.*

**“Artículo 4°. BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 1302 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> *Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a CAXDAC. Asimismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.*

*Podrán acumularse tiempos de servicios en otras empresas de transporte aéreo. Se exceptúa el tiempo laborado en empresas aportantes a CAXDAC que se hayan disuelto, en el tiempo correspondiente a la porción no pagada del cálculo actuarial a CAXDAC.*

**Parágrafo.** *Cuando se trate de aviadores que hayan estado vinculados a varias empresas, cada empresa ajustará su participación en el cálculo actuarial, de modo que todas cubran su porción al salario promedio del último año.*

Respecto de este régimen de transición, no corresponde por similitud al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, en la medida en que este último, corresponde a una garantía para tres grupos de personas que contaban con una expectativa legítima para consolidar la pensión de vejez, como lo recordamos, esta garantía protegía, a quienes al 1° de abril de 1994, en el caso de hombres, contaran con 45 años o más; mujeres con 35 años o más, o cualquier afiliado que contara con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les reconocería la pensión con la norma pensional vigentes antes de la Ley 100 de 1993.

Mientras que el régimen de transición para los aviadores civiles, corresponde a un régimen pensional como se desprende de las normas citadas en prece-

dencia, es así como esta pensión, se financia con el pago del cálculo actuarial a cargo de la o las empresas empleadoras, para lo cual, el artículo 3° de la Ley 860 de 2003, les concedió un plazo a las empresas para integrar el cálculo actuarial hasta el 2023, entendiendo que la integración del cálculo actuarial a cargo de la empresas debe ser aprobado previamente por la Superintendencia de Transporte, (Decreto 1269 de 2009; Circular Externa n.° 010 de 2009 de la Supertransporte).

## **Régimen Pensional administrado por CAXDAC. "PENSIÓN ESPECIAL TRANSITORIA" PET.**

Este régimen, se encuentra regulado en el artículo 6° del Decreto 1282 de 1994, disposición que señala:

*“Artículo 6°. PENSIONES ESPECIALES TRANSITORIAS. En aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1° de abril de 1994 los diez (10) años de servicios, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición aquí previsto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.*

*Para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales”.*

Respecto al Régimen de Pensiones Especiales Transitorias, se dispuso que en aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1 de abril de 1994 los 10 años de servicios o no cuente con la edad necesaria estipulada en la norma, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición, el tiempo de cotización y el monto de la pensión de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que fueron modificadas en los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003, en cuanto al número de semanas mínimas cotizadas para tener acceso al reconocimiento de la pensión de vejez y el valor definitivo de la pensión. En ese orden de ideas, a partir del 1° de enero de 2005, el número de semanas se incrementó en cincuenta (50) semanas, y a partir del



1° de enero de 2006, se incrementó en veinticinco (25) semanas por cada año hasta llegar a 1300.

Teniendo en cuenta que la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso, será de 55 años (art. 6 Decreto Ley 1282 de 1994), la cual se podrá reducir un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras 1000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

## **Acto Legislativo 01 de 2005**

No obstante lo anterior, debe analizarse en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se dispuso que el Régimen de Transición y el de Pensiones Especiales Transitorias por regla general, no podrían extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dichos regímenes, además tuvieran cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo, es decir, al 25 de julio de 2005, a los cuales excepcionalmente, se les mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014 (C-228 de 2011). Y en lo pertinente indicó:

*“(...) 3.1.2. En cuanto a los regímenes especiales en dicha reforma se adiciona el parágrafo transitorio 4° que establece que, “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

*3.1.3. Si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo No 1 de 2005 entró a regir el 25 de julio de 2005, cuando se publicó dicho acto en el Diario Oficial, en el caso concreto solo se entienden como vigentes los derechos adquiridos de los aviadores civiles que hubieran completado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio, a los que se les puede mantener dicho régimen hasta el año 2014”.*

De conformidad con lo mencionado, con el fin de acceder a la pensión en el marco del Régimen de Pensiones Especiales Transitorias establecido en el Decreto 1282 de 1994, los aviadores civiles que contaran con 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, se les extendería el Régimen Pensional hasta el **31 de diciembre de 2014**. Así fue acogido también por la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, como lo señaló, en la Sentencia SL11382-2014 Radicación 45507 del 26 de agosto de 2014, con ponencia del magistrado Dr. Jorge Mauricio Jorge Ruíz:

*“En todo caso, en lo que a las dos últimas categorías corresponde -régimen de transición y régimen especial transitorio-, el Acto Legislativo 01 de 2005 necesariamente incidió en su vigencia. Así es, porque el artículo 48 de la Constitución Política adicionado con el parágrafo 4° transitorio del acto legislativo, consagra que “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que [lo] desarrollen (...), no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. En consecuencia, las administradoras de pensiones, y particularmente en el caso en estudio, CAXDAC, debe tener en cuenta la normativa superior en referencia, cuando de aplicar el régimen de transición o el especial de transición se trate”.*

En este mismo sentido, lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las siguientes sentencias de Casación:

**SL 4640-2018** del 24/10/2018 RAD. 50540

**SL 508-2019** del 5/02/2019 RAD. 65379

**SL 360-2019** del 13/02/2019 RAD. 46468

**SL 1611-2019** del 9/04/2019 RAD. 51961

**SL 1462-2019** del 24/04/2019 RAD. 46468

Con sustento en la remisión expresa efectuada en el artículo 6° del Decreto 1282 de 1994, se transcribe el numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que dispuso lo siguiente:

*“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...)*

*2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.* (Subrayas agregadas al texto original de la norma).

Lo anterior se resume así:

Semanas Reconocimiento pensional		Reducción de Edad	
Año	Semanas	Semanas	Edad
2005	1050	1000	55
2006	1075	1060	54
2007	1100	1120	53
2008	1125	1180	52
2009	1150	1240	51
2010	1175	1300	50
2011	1200		
2012	1225		
2013	1250		
2014	1275		
2015	1300		

## Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 modificada en la Ley 797 de 2003

El sistema General de Pensiones, se aplica a los aviadores civiles que se vinculen a partir del 1° de abril de 1994, quienes, por tal razón, conforme a las reglas de la Ley 100 de 1993, podrán optar por el régimen de prima de media con prestación definida o por el de ahorro individual con solidaridad a su elección de conformidad con los artículos 12 y 13 literal b de la Ley 100 de 1993, artículos 1° y 8° del Decreto Ley 1282 de 1994.

Este Régimen se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, así:

**“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez.** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

*A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.*

**Parágrafo 1°.** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.(...)”.*

Lo anterior se resume así:

<b>Año</b>	<b>Semanas</b>	<b>Edad Mujeres</b>	<b>Edad Hombres</b>
2005	1050	55	60
2006	1075	55	60
2007	1100	55	60
2008	1125	55	60
2009	1150	55	60
2010	1175	55	60
2011	1200	55	60
2012	1225	55	60
2013	1250	55	60
2014	1275	57	62
2015	1300	57	62

Respecto al monto de la pensión de vejez, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente:

*“El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50*

*semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*

*El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*

*A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*

*El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*

*$r = 65.50 - 0.50 s$ , donde:*

*$r$  = porcentaje del ingreso de liquidación.*

*$s$  = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

*A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”*

Es decir, para pensiones PET, se aplica el número mínimo de semanas y la tasa de remplazo del sistema general de pensiones consagrado en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, con la excepción que les permitía disminuir la edad de 55 años hasta 50 años. Condiciones que se mantuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 2014, y después del 1° de enero de 2015, para aquellos que no lograron consolidar el derecho, quedaron bajo los presupuestos del régimen de prima media con prestación definida.

## Financiación de las pensiones que administra CAXDAC.

En cuanto al financiamiento de las pensiones reconocidas y pagadas por CAXDAC, los Decretos Leyes 1282 y 1283 de 1994, consagraron para los aviadores civiles, tres regímenes pensionales diferentes, en este orden de ideas, también existen tres (3) métodos distintos de financiación de las pensiones a cargo de CAXDAC, no obstante, solo haremos referencia a los regímenes especiales que administra CAXDAC.

### Régimen de transición

El Legislador estableció el método de financiación en los términos señalados en el artículo 3° del Decreto 1283 de 1994, para lo cual dispuso la conformación de un “**régimen de reservas para el régimen anterior**”, destinados al pago de las pensiones de jubilación otorgadas antes de la entrada en vigencia del decreto, así como de las nuevas pensiones de jubilación que se generen del régimen de transición. Esta reserva se conforma por: (i) el actual Fondo de Reservas constituido en CAXDAC, (ii) el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a CAXDAC, o déficit actuarial, (iii) las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados, conforme a la Ley 100 de 1993 y, (iv) la totalidad de los rendimientos que genere su inversión.

El artículo 7°, estableció las directrices para el cálculo actuarial que estaría a cargo de las empresas<sup>25</sup>, disposición que fue derogada en el artículo 3° de la Ley

---

<sup>25</sup> Artículo 7°. Las empresas de transporte aéreo elaborarán el cálculo actuarial respectivo que deberá ser aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Las empresas amortizarán gradualmente el cálculo actuarial respectivo de la siguiente forma:

a) La empresa calculará la diferencia entre el porcentaje que representaba la provisión, si la hubiere y las reservas disponibles por Caxdac, al 1o. de abril de 1994, respecto del cálculo actuarial individual a la misma fecha.

b) Anualmente y dentro de los próximos once (11) años, las empresas deberán incrementar la provisión en el porcentaje que representa la undécima parte de la diferencia anotada en el literal anterior, de suerte que el porcentaje así acumulado se aplique al respectivo cálculo actuarial de cada año. Por lo tanto, al cierre del balance del año 2005 el cálculo actuarial deberá encontrarse amortizado en el 100%.

Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las empresas transferirán íntegramente a Caxdac el valor arrojado en el incremento en el cálculo actuarial correspondiente al año inmediatamente anterior, deducidas las sumas actualizadas ya transferidas a Caxdac.

Si las empresas no dan cumplimiento oportuno a lo previsto en los literales anteriores, incurrirán en mora por las sumas respectivas frente a Caxdac, a la tasa máxima legal vigente.

860 de 2003, que estableció el plazo hasta el año 2023, para que las empresas obligadas transfirieran el valor del cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administran el régimen de prima media con prestación definida, así enseña la norma:

*“Artículo 3°. AMORTIZACIÓN Y PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL DE PENSIONADOS. Las empresas del sector privado, conforme a lo establecido en los Decretos-ley 1282 y 1283 de 1994, deberán transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para tal fin tendrán plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023.*

*El porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal.*

*Los pagos se calcularán anualmente y se pagarán en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal.*

*De no pagarse dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, se reconocerá por el deudor el interés de que trata el inciso primero del artículo 23 de la Ley 100 sancionada en 1993.*

*Los valores que se deben transferir de conformidad con este artículo incluyen además de las transferencias futuras, todas las sumas de dinero que, a la fecha de expedición, de la presente ley no hayan sido transferidas. Para el pago de intereses moratorios que se adeuden sobre las sumas no transferidas a la fecha de la expedición de la presente ley, el plazo será hasta el año 2008, y se pagarán en cuotas mensuales.*

**Parágrafo 1°.** *Para efectos de la amortización contable las empresas no podrán disminuir los valores amortizados de sus cálculos actuariales a 31 de diciembre de 2003.*

---

Parágrafo 1°. El monto de las sumas entregadas a Caxdac conforme a lo dispuesto en este artículo, se actualizará para los efectos del cálculo actuarial, a la tasa de rentabilidad obtenida por la inversión de las reservas de Caxdac, verificada por la Superintendencia Bancaria y, en todo caso, a la tasa de rentabilidad mínima exigida para la inversión de tales reservas.

Parágrafo 2°. Respecto de las empresas de transporte aéreo que al 1o. de abril de 1994 hayan amortizado el cálculo actuarial a una proporción inferior al 40% del mismo, podrán amortizar el porcentaje del déficit que exceda de dicho porcentaje, en partes iguales durante siete (7) años desde el año 2006.

**Parágrafo 2°.** *Las empresas y las entidades de Seguridad Social del sector privado de que trata el presente artículo ajustarán a los términos establecidos en la presente ley, los acuerdos que en materia de pago hayan suscrito, en un plazo de dos meses contados a partir de su promulgación.*

*Este artículo deroga expresamente el artículo 7° del Decreto 1283 de 1994, y todas las demás normas que le sean contrarias.*

Disposición que fue reglamentada en el Decreto 2210 de 2004, que señala:

**Artículo 1°.** *Las empresas a las que se refiere el artículo 3° de la Ley 860 de 2003 podrán transferir a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal.*

*Los cálculos actuariales deberán realizarse a la tasa prevista para la conmutación pensional, esto es a una tasa de interés técnico del 4% y deberán incluir los intereses moratorios y la comisión de administración que se pacte, dentro de los límites que señale la Superintendencia Bancaria con base en las normas vigentes. Asimismo deberán transferirse los intereses moratorios correspondientes.*

**Parágrafo.** *En el evento en que en el cálculo actuarial no haya sido incluido el reajuste pensional previsto para el pago de la cotización de salud, tal y como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, este deberá incluirse dentro de dicho cálculo.*

**Artículo 2°.** *Para efectos de transferir el valor del cálculo actuarial las empresas podrán entregar títulos valores de contenido crediticio, los que llevarán implícita la condición resolutoria del pago de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio, y deberán corresponder a inversiones admisibles de la respectiva administradora del Régimen de Prima Media.*

*En tal caso, se transfiere el valor del cálculo actuarial cuando las sumas por concepto de pago de capital e intereses que la entidad administradora recibirá por dichos valores correspondan a los pagos que debe hacer por concepto de mesadas pensionales, bonos pensionales, y la comisión de administración que le corresponde recibir a la administradora, de tal manera que asegure la atención de las obligaciones pensionales corrientes para cada vigencia fiscal. Igualmente deberán pagarse los intereses moratorios correspondientes. En todo caso al realizar el estudio de los flujos deberá considerarse la existencia de una reserva de liquidez equivalente al*



*valor de las mesadas de un año, para atender eventuales variaciones frente al valor de los pagos anuales calculados inicialmente.*

*Parágrafo. Tanto la administradora como la respectiva empresa deberán reflejar en sus estados financieros lo dispuesto en el inciso anterior a nivel de cuentas de control, conforme a las instrucciones que conjuntamente impartan las superintendencias que ejerzan inspección y vigilancia sobre la entidad administradora y la respectiva empresa.*

*Artículo 3°. El pago anticipado podrá realizarse a través de la entrega de valores en la forma prevista en el artículo anterior, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

*1. Que la entidad administradora, con la autorización de sus órganos competentes, acepte la entrega de los títulos correspondientes.*

*2. Que se otorgue una garantía de un tercero a satisfacción de la entidad administradora, que cubra las siguientes contingencias:*

*a) Las derivadas del hecho de que el cálculo actuarial no haya sido elaborado correctamente o con la información correcta y completa y por tanto se generen desviaciones de cobertura del cálculo;*

*b) Las derivadas del hecho de que el producto de los títulos no permita atender el pago de las mesadas pensionales en la cuantía y oportunidad prevista en el cálculo actuarial elaborado en forma correcta;*

*c) Las derivadas de que el capital y los rendimientos de los títulos, o cualquiera de ellos no se reciban, por cualquier causa, en la cuantía y oportunidad previstas.*

*Parágrafo. Para aceptar la garantía la entidad administradora deberá elaborar un estudio que lleve a concluir que la misma permitirá atender en forma segura y oportuna las contingencias mencionadas en los literales b) y c). Dicho estudio deberá someterse a la Superintendencia Bancaria para su evaluación.*

*Artículo 4°. La empresa que realice la transferencia deberá en todo caso reflejar en su contabilidad las contingencias a las que se refiere el artículo anterior de conformidad con las instrucciones que imparta la respectiva superintendencia.*

*En todo caso, si se produce alguna de las contingencias previstas en los literales b) y c) del artículo anterior y la garantía no cubre el faltante oportunamente, la empresa y el garante deberán registrar y pagar, en los plazos previstos por la ley, o inmediatamente si el plazo ya se venció, el saldo que*

*falte para cancelar la totalidad del cálculo actuarial. De igual manera se procederá si se encuentra un error en el cálculo actuarial y la empresa no suministra los recursos correspondientes dentro del plazo de un mes a partir de la comunicación que le envíe la administradora en tal sentido, sin perjuicio de la obligación de elaborar un nuevo cálculo actuarial.*

*Artículo 5°. En cualquier evento en que se produzca la disolución de una de las empresas a las que se refiere el artículo 3° de la ley 860 de 2003, el cálculo deberá pagarse dentro del proceso de liquidación, en la forma prevista en la ley, con la preferencia que le corresponde como obligación pensional.*

*Artículo 6°. Las Superintendencias que ejerzan la inspección y vigilancia sobre la administradora del Régimen de Prima Media y las empresas respectivas, deberán verificar el cumplimiento de este decreto y la Ley 860 de 2003”*

Necesario mencionar, que el artículo 8° del Decreto Ley 1283 de 1994, estableció la responsabilidad para las empresas aportantes, la cual cesaría con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador<sup>26</sup>.

En consideración a lo narrado, no hay duda de que la obligación de pagar el cálculo actuarial es de «*tracto sucesivo*», porque según lo dispuesto en las normativas en cita: el porcentaje no amortizado del cálculo actuarial debe transferirse gradualmente, (los pagos se calculan anualmente y se pagan en 12 cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros 10 días del mes siguiente, el incumplimiento de dicha obligación periódica, acarrea intereses moratorios y, la responsabilidad de las empresas, solo cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador en un plazo máximo que va hasta el año 2023.

Entonces, la obligación de pagar el déficit actuarial debe cumplirse periódicamente, de manera continuada, distribuida en cuotas y máximo durante el lapso de amortización definido en la ley. Por tanto, cada unidad de pago es independiente, corre su propia suerte y constituye un acto autónomo frente a las demás; con lo cual cobra sentido, que el deber de integrar su pago, cese únicamente cuando se complete el 100% de la misma.

---

<sup>26</sup> **Artículo 8°. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS.** La responsabilidad de las empresas aportantes a Caxdac cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas.

En el año 2009, se profirió por el Gobierno Nacional el Decreto 1269, en el que se indicó como obligación para las empresas de aviación civil, según el artículo 4° lo siguiente:

“Artículo 4. Pago del cálculo actuarial. Las empresas de que trata el presente decreto deberán transferir a la entidad administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, el valor del cálculo actuarial no pagado a la fecha, en un plazo que no excederá el año 2023. Los pagos se realizarán anualmente en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente. De no pagarse la cuota mensual en el plazo previsto, la empresa pagará el interés de que trata el inciso 1° del artículo 23 de la Ley 100 de 1993. Los recursos recaudados por concepto de interés moratorio ingresarán al Fondo Común administrado por CAXDAC y se destinarán al pago de pensiones a cargo de CAXDAC”.

Para la pensión de transición del aviador civil, llama la atención como se exigía al afiliado que al 1° de abril de 1994, contara con 10 años de servicio o más, si tenemos en cuenta las reglas de este régimen el aviador civil en promedio, estaría consolidado su derecho al 2004, cuando cumpliera los 20 años de servicio, época para la cual, la empresa de aviación debía haber integrado el cálculo actuarial, pero como se desprende del artículo 3° de la Ley 860 de 2003, por el contrario, les amplió el plazo a las empresas hasta el 2023, para cumplir con el pago o cubrimiento de la deuda pensional.

## **Régimen Pensiones Especiales Transitorias PET (art. 6° del Decreto Ley 1282 de 1994)**

De conformidad con el artículo 6° del Decreto 1282, son beneficiarios del Régimen de Pensiones Especiales Transitorias, los aviadores civiles que no hubieren cumplido al 1° de abril de 1994, los diez (10) años de servicios. Por tanto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez, será el establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados en los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003, respectivamente. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso, será de 55 años, que se reducirá un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicio prestados adicionales a las primeras 1.000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Posteriormente, con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, el derecho a la pensión del régimen de Pensiones Especiales Transitorias, se

limitó a aquellos aviadores que al 31 de diciembre de 2014, hubieren cumplido todos los requisitos señalados en el citado artículo 6° del Decreto 1282 de 1994.

De otra parte, el mismo artículo 6° del Decreto Ley 1282 de 1994, determinó que la fuente de recursos para la financiación de las pensiones del Régimen de Pensiones Especiales, estaba conformada por las cotizaciones para pensión en los términos previstos en la Ley 100 de 1993 más 5 puntos adicionales a cargo de las empresas empleadoras y por el bono pensional para reconocer el tiempo de servicios anteriores al 1° de abril de 1994, cuya emisión está también a cargo de las empresas empleadoras.

Así las cosas, las empresas empleadoras de aviadores civiles pertenecientes al régimen de pensiones especiales transitorias, tienen esa doble obligación frente a CAXDAC, para la financiación de sus pensiones.

La población de afiliados de CAXDAC a partir del 1° de abril de 1994, como consecuencia de los decretos referidos, quedó distribuida en los dos regímenes pensionales mencionados. El mismo Decreto Ley 1283 de 1994, indicó que las reservas que tenía CAXDAC, al momento de entrar en vigor el mismo, debían destinarse para el pago de las obligaciones pensionales generadas antes de 1994, y si alcanzaban los recursos, debían cubrir las nuevas pensiones que se reconocieran bajo el régimen de transición. De igual forma, dicho decreto indicó, que los fondos propios de la Caja, originados en el mayor rendimiento, se destinarían para cubrir los costos de las pensiones reconocidas de empresas no aportantes<sup>27</sup>. Esto fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1997.

Comoquiera que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, nació la obligación de los empleadores de cotizar por los aviadores civiles afiliados a CAXDAC, el legislador señaló en los artículos 2° y 3° del Decreto 1269 de 2009, que corresponde a las empresas donde laboraron los trabajadores antes del 1°

---

<sup>27</sup> Artículo 3°. Régimen de reservas para el régimen anterior. Las reservas de jubilación de Caxdac, están destinadas al pago de obligaciones pensionales generadas antes de la vigencia de este Decreto y las nuevas pensiones de jubilación que le corresponde administrar dentro del régimen de transición.

Tales reservas pensionales estarán conformadas así: **a.** Por el actual fondo de reservas constituido en Caxdac; **b.** Por el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a Caxdac, o déficit actuarial, conforme a este Decreto; **c.** Por las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores de los afiliados, conforme a la Ley 100 de 1993, y **d.** Por la totalidad de los rendimientos que genere su inversión. **Parágrafo.** Los fondos propios de Caxdac, originados en el mayor rendimiento que hasta la fecha obtuvo el fondo de reservas, se destinarán prioritariamente a cubrir el costo de las pensiones reconocidas de empresas no aportantes.

de abril de 1994, emitir y pagar el bono pensional para el reconocimiento del tiempo laborado en esas entidades con anterioridad al 1° de abril de 1994 sin cotizaciones para pensión, el cual debe tramitar la administradora de pensiones, en la que se encuentre afiliado el aviador civil de conformidad con las normas vigentes sobre el asunto.

Es así como, debemos precisar y recalcar, que al igual que las entidades administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, CAXDAC, surgió como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1° de abril de 1994. Entonces, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y los decretos ley de armonización del régimen de los aviadores civiles con el Sistema Integral de Seguridad Social, CAXDAC pasó de simple Caja pagadora, a ser un ente administrador de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como conclusión de lo expuesto, antes del 1° de abril de 1994, las empresas empleadoras de los aviadores civiles vinculados a CAXDAC, no tenían la obligación de efectuar cotizaciones a nombre del afiliado en los términos que lo hacían los otros empleadores al ISS hoy Colpensiones, toda vez que por disposición legal, realizaban aportes colectivos valorados en términos de cálculos actuariales, con los cuales se conformó un fondo para financiar las pensiones de sus aviadores civiles, que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con lo dispuesto en los Decretos Ley 1282 y 1283 de 1994, se destinó para la financiación de las pensiones de los aviadores ya pensionados o que pertenecían al régimen especial de transición administrado por CAXDAC.

Por lo anterior, el Gobierno Nacional mediante los citados decretos y el Decreto 1269 de 2009, reglamentó los bonos y/o títulos pensionales, para financiar los tiempos laborados antes del 1° de abril de 1994 de los aviadores civiles que no pertenecían a dicho régimen especial, cuyas pensiones quedaron desfinanciadas y se ordenó a los empleadores realizar las cotizaciones en los términos señalados en la Ley 100 sancionada en 1993.

En consideración a lo dilucidado, hay que afirmar que CAXDAC, debe responder por los aportes anteriores al 1° de abril de 1994, aunque la Caja no cuenta con esos recursos porque las empresas de aviación no realizaban las cotizaciones, simplemente reportaban los tiempos de servicios de cada uno de los pilotos. Esto en armonía con los artículos 2° y 3° del Decreto 1269 de 2009 que señalaron que, corresponde a las mencionadas empresas, emitir y pagar el bono pensional para el reconocimiento del tiempo laborado en esas entidades con anterioridad al 1° de abril de 1994 sin cotizaciones para pensión.

Igualmente, el literal c) del artículo 2° del Decreto 1269 de 2009 señala que: “Las obligaciones por títulos pensionales correspondientes a personas que se hayan trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, se calcularán de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994, hasta la entrada en vigencia del sistema”.

## **Cotizaciones por tiempos de servicios con posterioridad al 1° de abril de 1994**

A partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se originó la obligación de los empleadores de cotizar por los aviadores civiles afiliados a CAXDAC, en los términos de esta ley. En ese sentido, conforme a las reglas dispuestas en esa normativa y en las demás que la complementan y reglamentan, los empleadores no están en la obligación de emitir títulos pensionales, en tanto le concierne a CAXDAC, asumir el pago de la prestación, en los mismos términos en que lo haría el ISS hoy Colpensiones.

## **Financiación de las pensiones de afiliados que se trasladaron a otros fondos de pensiones**

Este punto cobra vital importancia teniendo en cuenta que existen aviadores civiles que estando afiliados a CAXDAC, decidieron trasladarse a otros fondos de pensiones que administran tanto el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Sin embargo, para abordar el estudio de la financiación de estas pensiones, debemos tener como punto de referencia, la explicación realizada en precedencia y la fecha del 1° de abril de 1994, que marca la diferencia en la financiación de las pensiones de las personas que se trasladaron a otros fondos de pensiones:

## **Financiación de las pensiones de afiliados que se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones**

En lo atinente a la financiación de estas pensiones, vale la pena recalcar, que entre CAXDAC y COLPENSIONES, se suscribió el Acta 001 del 5 de julio de 2018, en la que se estableció el procedimiento para el traslado de aportes por parte de CAXDAC a esa administradora, por períodos correspondientes

a partir del 1° de abril de 1994, y por parte de los empleadores, para períodos anteriores al 1° de abril de 1994.

Frente al Acta 001 suscrita el 5 de julio de 2018 es imperativo recordar, que de conformidad con el numeral 3.11. de las Circulares Externas 016 de 2016 y 024 de 2018, expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se dispuso que *“las administradoras son responsable del cumplimiento de los términos y condiciones establecidas”* en los convenios celebrados entre los regímenes, con el propósito de lograr la agilización y seguridad del procedimiento, así como de la información que obtenga de los traslados.

## Respecto a los aportes anteriores al 1° de abril de 1994

De acuerdo con lo estipulado en el punto 1 del Acta 001 del 5 de julio de 2018, COLPENSIONES debe realizar las acciones de cobro ante las empresas de aviación para el traslado de aportes anteriores al 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en el literal c) del Decreto 1269 de 2009, procedimiento que indica lo siguiente:

*“1. El proceso para el traslado de aportes para los períodos anteriores a abril de 1994 se define a partir de la financiación y pago a través de un Título Pensional a cargo del empleador (Contribuyente), de conformidad con lo señalado en el Decreto 1269 de 2009. Señalando igualmente que el pago del mismo no está a cargo de CAXDAC y que Colpensiones deberá realizar las acciones de cobro del mismo ante el empleador. De conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 2° del Decreto 1269 de 2009, las obligaciones por títulos pensionales se calcularán de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994.” (Subrayas agregadas al texto original de la norma).*

Aunado a lo anterior, debe indicarse que, el procedimiento establecido mediante el Acta 001 del 5 de julio de 2018, encuentra fundamento y respaldo normativo en los artículos 2 y 3 del Decreto 1269 de 2009, sobre el particular, resulta necesario llamar la atención frente a lo consagrado en el literal c del artículo 2 *ibídem*, el cual reza lo siguiente:

*“Artículo 2. Cálculo de bonos y títulos pensionales. Para el cálculo de los bonos y títulos pensionales se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

*a) Las obligaciones por bonos de que trata el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 1282 de 1994 se incluirán en el respectivo estudio actuarial y las*

*mismas estarán a cargo de las empresas del sector privado mencionadas en el artículo 3° de la Ley 860 de 2003, y se calcularán teniendo en cuenta la edad señalada en el mismo artículo, con la fórmula establecida en el Decreto 1887 de 1994 o normas que la modifiquen. Lo anterior teniendo en cuenta en todo caso lo establecido en el Acto Legislativo 01 del año 2005.*

*b) Las obligaciones por bonos correspondientes a personas que se hayan trasladado al Régimen de Ahorro Individual, se calcularán de acuerdo con las normas generales sobre la materia, y*

*c) **Las obligaciones por títulos pensionales correspondientes a personas que se hayan trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS se calcularán de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994 hasta la entrada en vigencia del sistema, a partir de dicha fecha se calculará como un bono a cargo de CAXDAC.** (Subrayas y negrilla adicionadas al texto original de la norma).*

Así las cosas, el artículo 1° del Decreto 1887 de 1994 establece, la forma en que para el presente caso, es el empleador el que debe efectuar el reconocimiento y pago de los tiempos laborados a favor de los aviadores civiles a COLPENSIONES y que son anteriores al 1° de abril de 1994, según se transcribe a continuación:

“Artículo 1° Campo de aplicación. El presente Decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993”.

Por consiguiente, en el marco de las normas transcritas, se consagra de manera expresa e inequívoca que, respecto de los tiempos pensionales previos al 1° de abril de 1994, deben ser objeto de reconocimiento por parte del empleador, del respectivo período, mediante la emisión, cálculo y pago del cálculo actuarial.

Se reitera entonces a manera de conclusión que, de conformidad con las normas enunciadas, es a las empresas empleadoras de aviadores civiles a las que



corresponde proceder con el cálculo, reconocimiento y pago de los períodos comprendidos en dicho lapso; lo anterior, bajo la supervisión de la actual entidad administradora de pensiones del afiliado.

De igual forma, el artículo 3° del Decreto 1269 de 2009, establece que en el caso en que los aviadores civiles se hayan trasladado de régimen, corresponde a las empresas empleadoras, concurrir en el pago de la cuota parte del bono o título pensional para reconocer los tiempos anteriores al 1° de abril de 1994, así:

**Artículo 3. Emisión y pago de bonos y títulos pensionales.** *Los bonos de que trata el literal a) del artículo anterior deberán ser emitidos y pagados por las empresas de aviación a favor de CAXDAC, mientras los aviadores no se hayan trasladado a otra administradora del Régimen General de Pensiones. En caso de que se haya producido el traslado, las empresas deberán concurrir en la cuota parte del bono o título. En la misma forma se procederá en el caso de los aviadores que, encontrándose en el régimen de transición, se trasladen a otra administradora del Régimen General de Pensiones siempre y cuando respecto de los cuales las empresas no hayan efectuado la integración total del cálculo actuarial.*

*Los bonos y títulos pensionales de que tratan los literales b) y c) del artículo anterior, serán emitidos en todos los casos por CAXDAC, quien tendrá las facultades y obligaciones que de acuerdo con las disposiciones vigentes corresponden a los emisores de bonos pensionales.*

*El procedimiento de emisión y pago de los bonos de que trata el inciso anterior será el previsto en el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Decreto 1513 de 1998.*

*Los bonos y títulos pensionales de que tratan los literales b) y c) del artículo anterior serán pagados por las empresas y por CAXDAC, según corresponda, directamente a las administradoras de pensiones en la fecha de redención normal o anticipada”.*

A su vez, el artículo 4 del Decreto 1269 de 2009, sobre el tema, estipula lo siguiente:

**Artículo 4.** *Pago del cálculo actuarial. Las empresas de que trata el presente decreto deberán transferir a la entidad administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, el valor del cálculo actuarial no pagado a la fecha, en un plazo que no excederá el año 2023. Los pagos se realizarán anualmente en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente.*

*De no pagarse la cuota mensual en el plazo previsto, la empresa pagará el interés de que trata el inciso 1° del artículo 23 de la Ley 100 de 1993. Los recursos recaudados por concepto de interés moratorio ingresarán al Fondo Común administrado por CAXDAC y se destinarán al pago de pensiones a cargo de CAXDAC.*

*El valor de la transferencia no incluirá el monto correspondiente a los bonos y títulos pensionales de que tratan los literales b) y c) del artículo 2°; los cuales se pagarán por las empresas del sector privado mencionadas en el artículo 3° de la Ley 860 de 2003 a las entidades administradoras respectivas en la fecha prevista para su redención normal o anticipada (...).”*

Lo anterior significa que, cuando los pilotos se hubiesen TRASLADADO DE CAXDAC A OTRA ADMINISTRADORA, los empleadores no estaban en la obligación de pagar el valor por concepto de transferencias o integrar el cálculo actuarial a la Caja de dichos pilotos, teniendo en cuenta que, tales conceptos se pagarían a las entidades administradoras a las que se trasladaron los aviadores, en el caso particular, COLPENSIONES.

En virtud de los articulados transcritos, CAXDAC solo será pagador de los bonos o títulos pensionales, cuando se reconozcan tiempos posteriores al 1° de abril de 1994, y si a ellos hubiere lugar.

## **Cotizaciones realizadas con posterioridad al 1° de abril de 1994**

El Acta 001 del 5 de julio de 2018, suscrita entre CAXDAC y COLPENSIONES, en el punto 2 indica que, la misma se encuentra en consonancia con el literal c) del Decreto 1269 de 2009, norma que en lo pertinente consagra:

*“Artículo 2. Cálculo de bonos y títulos pensionales. Para el cálculo de los bonos y títulos pensionales se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

*(...)*

*c) Las obligaciones por títulos pensionales correspondientes a personas que se hayan trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS se calcularán de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994 hasta la entrada en vigencia del sistema, a partir de dicha fecha se calculará como un bono A1 a cargo de CAXDAC.”*

El proceso para el traslado y pago de los aportes por períodos posteriores al 1° de abril de 1994, de personas que se hayan trasladado a esa administradora, se calculará de acuerdo al procedimiento previsto para la liquidación de un bono pensional tipo A modalidad 1, de acuerdo al siguiente procedimiento:

*2. De acuerdo a lo dispuesto en el citado literal c) del artículo 2° del Decreto 1269 de 2009 **el proceso para el traslado y pago de los aportes para los periodos posteriores a abril de 1994 de personas que se hayan trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones están a cargo de CAXDAC y se calcularán como un bono pensional tipo A modalidad 1.***

*Se acordó que la metodología establecida para el traslado y pago de estos aportes deberá surtirse a partir de una solicitud formal por parte de Colpensiones a CAXDAC, en donde se indique los ciclos requeridos por el trabajador a fin de que sean cargados en la Historia Laboral del Trabajador.*

*Una vez sea recibido dicha solicitud formal por CAXDAC, esta deberá realizar la liquidación de los aportes conforme a las fórmulas de cálculo para un bono pensional tipo A, modalidad 1' y reenviarla a Colpensiones para su validación en la herramienta que para tal efecto se dispone la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda.*

*Aprobada la liquidación por parte de Colpensiones se enviará la confirmación a CAXDAC con el fin de que esta realice el pago a una cuenta certificada previamente por Colpensiones con fecha límite último día del mes en que se realice la liquidación. Si el pago no se lleva a cabo en este lapso, deberá realizarse nuevamente la liquidación.*

*A fin de adelantar los trámites pendientes se le dará prioridad a los casos que en el pasado fueron solicitados a CAXDAC y que aún están pendientes de traslado y pago (...)" (Negrilla y subrayas añadidas al texto original de la norma).*

De otra parte, se hace necesario indicar que, el traslado de aportes correspondiente a períodos causados después del 1° de abril de 1994, no es automático, toda vez que, es el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el aviador, el que debe efectuar el trámite pertinente ante CAXDAC, el cual inicia con la solicitud formal del traslado de aportes por parte de la administradora. Lo anterior en los términos del Acta 001 del 5 de julio de 2018.

## **Financiación de las pensiones de afiliados que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los fondos privados**

En cuanto a la financiación de esas pensiones, debemos remitirnos al art. 13 del Decreto Ley 1282 de 1994, que dispone lo siguiente:

***Artículo 13. Bonos Pensionales.*** *Cuando un aviador civil decida trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá derecho al reconocimiento de bonos pensionales.*

*Si el aviador es beneficiario del régimen de transición, el bono estará a cargo de CAXDAC conforme a las normas generales sobre la materia. CAXDAC tendrá derecho a repetir el valor total o parcial del bono contra la empresa empleadora, si esta no ha cumplido sus obligaciones en relación con la integración del cálculo actuarial.*

*Si el aviador civil es beneficiario de las pensiones especiales transitorias, el bono pensional será emitido por la empresa empleadora, para reconocer el tiempo de servicios anterior al 1° de abril de 1994. Respecto del tiempo de servicios cotizado a CAXDAC, esta emitirá el bono pensional en las mismas condiciones en que el ISS lo hará respecto de nuevos afiliados.*

*Los aviadores civiles que ingresen con posterioridad al 1° de abril de 1994, se regirán por las normas generales de la Ley 100 de 1993 en relación con este tema”. (Subrayas adicionadas al texto de la norma).*

Igualmente, al artículo 2, literal b) del Decreto 1269 de 2009 consagra las reglas que deben observarse para el cálculo de bonos y títulos pensionales, acorde fue explicado en precedencia.

Ahora bien, frente a la emisión y pago de bonos y títulos pensionales, debemos remitirnos al art. 3° del Decreto 1269 de 2009, que sobre el particular establece:

*“Los bonos de que trata el literal a) del artículo anterior deberán ser emitidos y pagados por las empresas de aviación a favor de CAXDAC, mientras los aviadores no se hayan trasladado a otra administradora del Régimen General de Pensiones. En caso de que se haya producido el traslado, las empresas deberán concurrir en la cuota parte del bono o título. En la misma forma se procederá en el caso de los aviadores que, encontrándose en el régimen de transición, se trasladen a otra administradora del Régimen General de Pensiones siempre y cuando respecto de los cuales las empresas no hayan efectuado la integración total del cálculo actuarial.*

*Los bonos y títulos pensionales de que tratan los literales b) y c) del artículo anterior, serán emitidos en todos los casos por CAXDAC, quien tendrá las facultades y obligaciones que de acuerdo con las disposiciones vigentes corresponden a los emisores de bonos pensionales.*

*El procedimiento de emisión y pago de los bonos de que trata el inciso anterior será el previsto en el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Decreto 1513 de 1998.*

*Los bonos y títulos pensionales de que tratan los literales b) y c) del artículo anterior serán pagados por las empresas y por CAXDAC, según corresponda, directamente a las administradoras de pensiones en la fecha de redención normal o anticipada”.*

## Conclusiones

El régimen pensional para los aviadores civiles en Colombia, ha tenido un trato diferenciador desde la década del 50, como se desprende del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se les redujo la edad, pero se les reconocía la pensión de jubilación como una prestación patronal, en el escalafón de reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea; situación que, históricamente era entendible por la situación de orden público que afrontaba el país para esa década.

En el período comprendido de los años 60 hasta el mes de marzo de 1994, las empresas de aviación, en su calidad de empleadoras, no tenían la obligación de pagar las cotizaciones por los servicios prestados por cada aviador civil, en su calidad de trabajadores dependientes, en tal sentido, CAXDACC era simplemente una pagadora de pensiones, y la financiación de la pensión, se hacía por las contribuciones que se les imponían a las empresas por vía de decreto, y el correspondiente pago del cálculo actuarial que debía pagar la empresa empleadora al momento en que se causaba la pensión de jubilación.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidieron los decretos reglamentarios 1282 y 1283 de 1994, en los que se establecieron dos regímenes pensionales para los aviadores civiles, y en el segundo decreto, se estableció el cambio de naturaleza jurídica de la Caja, la obligación a cargo de las empresas, la destinación o uso de las reservas, como también las figuras de financiación del régimen de transición a través de la figura de cálculo actuarial, y para las pensiones especiales transitorias mediante bonos pensionales, por tiempos de servicios antes del 1º de abril de 1994, con un plazo inicial para amortizar la

deuda pensional hasta el 2005, pero dicho plazo se amplió hasta el 2023, para que las empresas integraran el cálculo actuarial por el tiempo de servicio por cada aviador civil a su cargo.

Los regímenes pensionales de CAXDAC, tienen las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero su financiación se hace con el pago de cotizaciones, rendimientos financieros que producen las inversiones que se hacen de los recursos del fondo legal, como también con el pago del cálculo actuarial, bonos pensionales sin que se afecte el presupuesto de la Nación, como ha ocurrido en las 3 últimas décadas.

Sin dejar de lado que CAXDAC, es una administradora que fue cerrada para recibir nuevos afiliados a partir del 1° de abril de 1994, lo anterior significa, que solo quedaron como afiliados aquellos que se encontraban vinculados a la Caja con anterioridad a esta fecha, y los aviadores civiles que ingresaron al mercado laboral después de esta fecha, debían afiliarse a uno de los dos regímenes pensionales del sistema general de pensiones consagrados en la Ley 100 de 1993 (artículo 8 Decreto Legislativo 1282 de 1994).

Los regímenes pensionales de los aviadores civiles, perdieron vigencia al 31 de julio de 2010, por efectos del parágrafo 2° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, pero por excepción del parágrafo 4° transitorio (*ibidem*); se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, para aquellos afiliados que al 25 de julio de 2005, contaban con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios; y los aviadores civiles que no alcanzaron a consolidar su derecho pensional, a partir del 1° de enero de 2015 a la fecha en que quedaron reclasificados en el Sistema General de Pensiones, para lo cual deben cumplir los requisitos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en los mismos términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones.

## Referentes bibliográficos

Acto Legislativo 01 de 2005

Código Sustantivo del Trabajo

Decreto Ley 1015 de 1956

Decreto 1589 de 1964

Decreto 672 de 1965

Decreto 60 de 1973

Decreto Ley 1282 de 1994

Decreto Ley 1283 de 1994

Decreto 1285 de 1994

Decreto 1302 de 1994

Decreto 1887 de 1994

Decreto 2210 de 2004

Decreto 1269 de 2009

Ley 32 de 1961

Ley 100 de 1993

Ley 797 de 2003

Ley 860 de 2003

## **Jurisprudencia de Legalidad.**

SL38266-2012 – Radicado No. 38266 del 8 de mayo de 2012.

SL11382-2014 Radicado 45507 del 26 de agosto de 2014.

SL941-2018 – Radicado No. 43825 del 21 de marzo de 2018.

SL4640-2018 Radicado 50540 del 24 de octubre de 2018.

SL5121-2018 – Radicado No. 70629 del 14 de noviembre de 2018.

AL1842-2019 – Radicado No. 43825 del 8 de mayo de 2019.

## **Jurisprudencia de Constitucionalidad**

C-189/96 (aviadores civiles no son alto riesgo).

C-610/96 (inexequible se descuenta el tiempo de las empresas no aportantes).

C-197/97 (declaro exequible el parágrafo 3° del art. 3° de los 1283 rendimientos para el pago de las no aportantes).

C-386/97 (inexequible 20 años de servicio en la misma empresa artículo 4°).

C-177/98 (traslado de aportes art. 33 Ley 100 de 1993).

C-045/04 (cosa juzgada cálculo actuarial).

C-1125/04 (controladores aéreos no se equiparán a los bomberos para alto riesgo).

C-191/06 (sentencia inhibitoria todas las normas antes del decreto quedaron derogadas).

SU-891/07 (reconocimiento de pensión no aportante Aerocondor tutela el derecho).

SU-891-07 (1) liquidación de Aces acreencias de CAXDAC son un crédito pensional no parafiscal.

C-794/09 (exequibilidad artículo 5 pérdida de transición, condicionada con 15 años como art. 36 Ley 100).

C-056/10 (sentencia inhibitoria PET).

C-228/11 (PET hasta el 31 de diciembre de 2014).

C-335/16 (exequibilidad arts. 11 y 12 pensión de invalidez pilotos).

C-093/17 (sentencia inhibitoria alto riesgo).

T-226/18 emisión y pago de bonos pensionales.



## Prepensionados en Colombia - avances y retos<sup>1</sup>

---

*John Sebastián Baracaldo Hernández<sup>2</sup>*

---

1 Documento de investigación científica que sirvió para obtener el título de abogado.

2 Abogado; miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.



## Introducción

En Colombia, la vinculación a la seguridad social, se ha visto limitada, a lo largo de los años, por diversos factores, como lo son: la desigualdad, el desempleo y los múltiples requisitos que exigen los fondos de pensión, la creación de fondos privados de pensión, entre otros.

El Estado ha creado garantías para que los ciudadanos puedan acceder a una pensión de vejez de manera eficaz. Dicho hecho, centra su mirada en la dignidad humana, puesto que, una persona en estado de vejez ve reducida su capacidad laboral, limitando la posibilidad de generar ingresos para su manutención y autocuidado.

Sin embargo, las dificultades para poder acceder a una pensión de vejez, tales como, los despidos arbitrarios de las empresas, el estado de indefensión de los trabajadores, la brecha de desigualdad, las altas cifras de desempleo, constituyen agravantes a la cuestión mencionada anteriormente, estableciendo un problema sociojurídico a la luz de la pobre regulación y detrimento de los derechos laborales; en consideración a la seguridad social, que ha debido recorrer un largo camino para convertirse en un derecho fundamental.

Lozano, I. M. F. (2012), hace un recuento del transcurso del derecho a la seguridad social, estableciendo que los primeros conceptos de este derecho, se introdujeron por parte del Libertador en el Congreso de Angostura, reconociéndose inicialmente a los militares, después a los servidores públicos, como magistrados de la Corte Suprema Justicia y llegando así a trabajadores privados. La autora establece tres grandes etapas de la constitución de la seguridad social en Colombia, que se traerán textualmente de la siguiente manera:

Lozano, I. M. F. (2012):

**A. Primera Época:** Esta primera época, se inició a finales del siglo XIX y se extendió hasta mediados del siglo XX. La salud ocupó un espacio en las constituciones políticas de la época como “salubridad pública” en la actividad industrial y profesional, y como “asistencia pública” a los inca-

pacitados para trabajar. En 1945, se crea la Caja Nacional de Previsión del Sistema de Seguridad Social en Colombia. A esta le siguieron más instituciones análogas en el ámbito nacional, departamental y municipal. La más importante de ella fue el “Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, creado en 1946, y que luego pasó a llamarse “Instituto de Seguros Sociales” (ISS), entidad que cubría la seguridad social de los trabajadores del sector privado.

En 1950, se les sumaron a las instituciones de seguridad y previsión social, las cajas de compensación familiar. En un principio, estas cajas buscaban otro objetivo, pero poco a poco fueron asumiendo funciones complementarias de seguridad social en salud. En la actualidad, la Ley 100 de 1993 les dio una gran importancia en el Régimen Subsidiado de Salud.

**B. Segunda Época:** Corresponde al proceso de declinación del Sistema Nacional de Salud entre los años sesenta y finales de los ochenta.

A finales de los sesenta, la salud empezó a considerarse como una inversión y no como un gasto; en 1969, entró en aplicación y desarrollo el Plan Nacional Hospitalario, más adelante, en 1975 se organizó formalmente el Sistema Nacional de Salud.

**C. Tercera Época:** En esta tercera época, aparece consagrada la Seguridad Social en la Constitución Política de 1991; en su artículo 48, contempla la salud como servicio público y derecho social y amplía el concepto de Seguridad Social. De igual forma, se establece la reforma a la salud que debía estar basada en los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (p.18).

De igual manera, es un derecho consagrado en instrumentos internacionales como la Declaración Universal De Derechos Humanos en su artículo 22, en el que se estipula que las personas por el hecho de ser personas, son acreedoras de la protección al derecho a la seguridad social y esto lo deben garantizar los entes estatales e internacionales.

Por ello, se puede evidenciar que, la protección a un retiro digno de la fuerza laboral y disfrute de la vejez, en nuestro país, se encuentra desprotegido tanto en el campo normativo como en el campo social. A la pésima protección normativa a la seguridad social, debemos adicionar, los contratos laborales camuflados en contratos de prestación de servicios, los empleadores que desconocen y omiten sus obligaciones laborales, los despidos arbitrarios y, el problema más crítico, el acceso a la pensión de vejez y el desempleo.

Sin embargo, como se resalta anteriormente, la pensión de vejez, en sí misma, es un reductor de la problemática mencionada, es por ello que, nace el fuero de estabilidad laboral reforzada para personas que se encuentren a 3 años de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, este se convierte en una garantía para los trabajadores que se encuentran con una expectativa legítima de adquirir el mencionado derecho. El surgimiento de esta garantía a los trabajadores se remonta a la Ley 790 de 2002, en su artículo 12, desafortunadamente, esta solo aplicó a servidores públicos de entidades en liquidación por el PRAP<sup>1</sup>; fue mediante la jurisprudencia que se logró extender su aplicación a trabajadores del sector privado y en general a los trabajadores del sector público, sin necesidad de que la entidad donde laboraban entrara en liquidación. Es claro que, esta jurisprudencia trajo consigo avances a la figura del prepensionado, no obstante, llevó a la creación de limitaciones al acceso a esta figura, generando de igual forma, vacíos al momento de su aplicación en las administradoras de fondos de pensiones.

Conforme a lo esbozado, surge la siguiente la pregunta: ¿Cuáles avances y limitaciones ha traído la jurisprudencia a la estabilidad laboral reforzada y a la figura del prepensionado?

Con el fin de responder la pregunta, se torna necesario recurrir a diferentes sentencias, se busca evidenciar que, pese a que algunas de éstas, contengan avances para la figura, de igual forma, se encuentran limitaciones grandes para el acceso y aplicación de esta figura, como por ejemplo: que su amparo solo se limite al requisito de las semanas, dejando fuera la edad, vacíos frente a la aplicación de esta figura en las AFP o las múltiples afectaciones al derecho a la igualdad y la expectativa legítima, referente a empleados de libre nombramiento y remoción.

La hipótesis presentada, se fundamenta en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, entre las más relevantes están, la *SU-003 de 2018*, *T-357 de 2016*, *T-638 de 2016* y *T-005 de 2020*, en las cuales se desarrolla la figura del prepensionado, tanto en el sector privado como en el público. Así, la presente investigación encausa su importancia para la academia, en el análisis de la figura del prepensionado, toda vez que, su desarrollo normativo ha sido mínimo y se ha remitido netamente a los pronunciamientos de las Cortes, sin embargo, por parte de la academia, se han desarrollado varios textos, con los cuales se establecen los aspectos débiles y fuertes de la figura del prepensionado.

---

<sup>1</sup> Programa de Renovación de la Administración Pública.

En esa medida, se establece como objetivo general: *Establecer los avances, retos y limitaciones que ha tenido la figura del prepensionado en el campo jurisprudencial tanto en sector privado, como en el público.*

Para alcanzar dicho fin, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Analizar los avances, retos y limitaciones de la figura del prepensionado en las sentencias SU-003 de 2018, como en las diferentes providencias al respecto.
- Establecer sí, en el desarrollo normativo y jurisprudencial de la figura del prepensionado, existe una afectación al principio de la expectativa legítima.
- Establecer si existe alguna vulneración, en el desarrollo normativo y jurisprudencial de la figura del prepensionado, a derechos como el mínimo vital, la seguridad social, la vida, la salud, entre otros.

Los objetivos anteriormente mencionados, se desarrollarán bajo una investigación cualitativa y jurídica, puesto que los problemas destacados en este apartado, pueden constituir hipótesis variables centradas en el funcionamiento del mecanismo. De manera específica, se hará uso de la investigación explicativa, en el entendido de que se pretende encontrar la relación causal entre las falencias y los problemas de la figura del prepensionado con su respectivo desarrollo jurisprudencial. A su vez, mediante el método deductivo, se analizará el contexto jurídico de la figura del prepensionado, con su desarrollo normativo y jurisprudencial.

De esta manera, la recolección de la información para la elaboración de este documento, se hizo con fuentes primarias y secundarias; dentro de las primarias, encontramos: leyes, tratados internacionales, decretos, jurisprudencias, entre otros; dentro de las fuentes secundarias: el análisis de la figura del prepensionado, del retén social; del mínimo vital; de la estabilidad laboral reforzada; de la seguridad social y de la expectativa legítima en los diferentes textos académicos, con lo que se apoya la definición y conceptualización del capítulo I. Por ende, el presente texto, se desarrolla en tres capítulos, a saber:

En el primer capítulo, se hace una abstracción de los términos más importantes de la figura del prepensionado, tales como seguridad social, expectativa legítima, mínimo vital cualitativo, entre otros. En el segundo capítulo, se analizan las diferentes providencias, con el fin de determinar los avances y limitaciones que éstas han traído a la figura de los prepensionados y se da una solución a la pregunta problema. En el último capítulo, se corrobora la hipótesis con los resultados obtenidos en el segundo capítulo, de igual forma, se presenta una posible solución para mitigar las limitaciones de la figura del prepensionado.

## ¿Qué son los prepensionados y cuáles han sido sus avances y limitaciones?

Dentro del desarrollo jurisprudencial del prepensionado, la sentencia más referida podemos afirmar que es la SU-003 de 2018, en la cual se generan ciertos cambios a la figura, sin embargo, existe un desarrollo jurisprudencial más amplio que analizaremos, con el fin de identificar, los avances, retos, limitaciones y vacíos que ha traído la jurisprudencia a la figura del prepensionado. Todo lo anterior, con el fin de establecer, los cambios tanto negativos, como positivos que ha introducido la jurisprudencia a la figura del prepensionado. En ese sentido, realizaremos una conceptualización de la figura en mención, y de los principios o derechos objeto de estudio.

## Conceptualización de la figura del prepensionado

### Prepensionado

Esta figura, tiene su base en la expectativa legítima de un ciudadano para acceder a una pensión de vejez, es decir, el prepensionado se puede definir, como aquella persona que se encuentra próxima a pensionarse, no empece, este concepto genera cierta ambigüedad, es por ello que, para acoplar una definición exacta, es necesario remitirse a la ley que establece, que aquellos son:

[...] los funcionarios que observen en conjunto los requerimientos de edad y tiempo de prestación, para gozar de su pensión de jubilación o de vejez en el período de tres (3) años determinados a partir de la publicación de la presente norma. (Ley 790, 2002, art. 12).

Esclareciendo el asunto, mediante sentencia de la *Corte Constitucional T-357 de 2016*, se indica que dicha calidad, la adquiere el empleado o servidor público que esté *ad portas de* 3 años de acumular los requerimientos estipulados para acceder a la pensión de vejez o como lo expresó la providencia de la *Corte Constitucional T-638 de 2016*.

La providencia SU-897 de 2012, estableció como prepensionado a todo servidor público que esté cerca a los 3 años de cumplir con las condiciones para acceder a la pensión de vejez, tanto en edad como en semanas de cotización, así:

La jurisprudencia ha establecido que los servidores públicos, que adquieren la calidad de prepensionados, son las personas que estén a tres años o menos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez (Sentencia SU-897 de 2012).

Más adelante, se amplía el concepto de prepensionado a persona o trabajador, por consiguiente, abre el campo para la inclusión del sector privado en esta protección, como lo establece la Corte de la siguiente manera:

El prepensionado a luz de la jurisprudencia constitucional, es la persona que está a puertas de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es retirado de su cargo, siempre y cuando este lapso no sea mayor a 3 años. (Sentencia T-595 de 2016).

De igual forma, la doctrina de nuestro país, ha definido los prepensionados, como lo establece Cabrera Erazo, A. C., & Urrea Ramírez, D. F. (2023) La figura de Prepensionados, se predica únicamente cuando se reúnen los requisitos que permiten establecer la expectativa de alcanzar la pensión de vejez, enmarcados en la Ley 100 de 1993, tales son, alcanzar las semanas de cotización y la edad, por lo que tres años antes de satisfacer los requisitos exigidos en ley, el trabajador gozará de estabilidad en su empleo y no podrá ser despedido.

Las definiciones doctrinales y jurisprudenciales, guardan cierta similitud, pues se centran en resaltar, que son personas prontas a reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En consonancia con lo precedente, los prepensionados se pueden definir dentro del contexto jurídico-laboral, como aquellas personas naturales que se encuentran en una proximidad ínfima a pensionarse, que gozan de esta manera de la protección reforzada, reconocida en la legislación Colombiana como sujetos de especial vulnerabilidad, por encontrarse como lo hemos mencionado, próximos a pensionarse, debido a que les faltan tres o menos años para reunir completamente los requisitos de edad como la cotización del tiempo de servicio o semanas de cotización para adquirir el disfrute de la pensión de vejez. (Antolínez Niño, P. A., & Galvis Tarazona, O. E, 2019, p. 2).

Con lo anterior, se puede definir al prepensionado, como aquella persona con calidad de trabajador privado o público, que esté a menos de 3 años de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no obstante, vale aclarar, que se refiere netamente a semanas en el entendido de que, conforme a la jurisprudencia, el requisito de la edad se puede cumplir sin relación laboral.



## Retén social

Esta figura, encuentra su génesis en la Ley 790 de 2002, en la que se estableció la protección a personas de grupos de especial protección constitucional, donde se encuentran los prepensionados, como lo reseñó Silva Rodríguez, J. A., & Muñoz Carrasquilla, I. R. (2022).

En el año 2002, en el que se expidió la Ley 790, el enfoque inicial que se dio, consistió en una renovación de la administración pública, lo cual permitía la liquidación y fusión de las entidades, situación que implicaba, entre otras alternativas, la supresión de algunos cargos de dichas instituciones; en igual sentido, en el año siguiente, entró en vigor la Ley 812 de 2003, con el principal objetivo de promover la eficiencia de la administración, proponiendo reformas estructurales que permitían de igual manera, la eliminación de vacantes dentro de las entidades (p. 7).

Para Galeano-Romero, P. F. (2019):

Así las cosas, de la figura jurídica del Retén Social consagrado en la norma, puede colegirse que de allí devino lo que se conoce como el fuero de estabilidad laboral por prepensionado, el cual en primer lugar, se destinó a los servidores públicos que se encontraban en determinado estado de vulnerabilidad, como por ejemplo una situación de discapacidad (p. 15).

Conforme a lo mencionado por el autor citado, el punto de partida de creación del fuero de prepensionado, es el retén social, que sufrió una mutación jurisprudencial, para la creación de lo que hoy conocemos como fuero de prepensionados.

Sin embargo, podemos definir al retén social, de manera doctrinal, según Santana (como se citó en Galeano-Romero, P. F. (2019)):

Un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de los cuales disponen el individuo y la población para gozar de una mejor calidad de vida, que esto se logra mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, principalmente las de la salud y la capacidad económica, con la finalidad de lograr el bienestar de cada uno de los integrantes de la población colombiana (p. 16).

Como también lo argumenta, Restrepo Ortega, A., & Montaña Cuero, M. A. (2022).

Es así como la calidad de prepensionado, se gestó en esta institución jurídica del retén social, originándose así el fuero de estabilidad reforzada para prepensionado tanto en el sector público como extendiéndose el fuero más adelante en el sector privado, según se evidenció en la sentencia T-638 del 2016 (...). (p. 7).

Se logra evidenciar, que el origen del prepensionado, se funda en la salvaguarda de los derechos de la población vulnerable que es la tercera edad, por ende, desde el retén social y su extensión jurisprudencial al sector privado, se garantizan los derechos de los mismos.

Aplicación del Retén Social para liquidación de entidades en vigencia de la Constitución Política de 1991

Ballesteros Cadena, C. I. (2014), establece una problemática, determinando la posibilidad de ampliar el retén social a empleados liquidados con anterioridad, como lo manifiesta textualmente de la siguiente manera: “Ello, por cuanto el retén social, constituye una protección social para Prepensionados, que emana de los principios y postulados de la Carta Fundamental vigente para el momento de la liquidación de las mencionadas entidades, por tanto, debe ser aplicable de forma extensiva mediante vía de tutela, pues atiende al principio de igualdad y los postulados propios del Estado Social de Derecho” (p. 90).

Conforme a lo anterior, se concuerda con la autora citada, referente a que la protección a derechos fundamentales, tales como: la seguridad social, no deben ser limitados a la vigencia de una ley, sino que deben extenderse a toda la población en general, toda vez que, existieron varias entidades liquidadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 790 de 2002, por ello, los derechos fundamentales no deben estar supeditados a la vigencia de una norma y en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, así que, la aplicación del retén social debe ser anterior a su vigencia.

## **Estabilidad laboral reforzada**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, existe el principio de la estabilidad laboral, que refiere básicamente a la protección del trabajador para mantener su trabajo siempre y cuando subsistan las causas que lo originaron, sin embargo, esto no es absoluto, tanto que permite al empleador desvincular al trabajador sin una justa causa, con el pago de una indemnización señalada en la ley, de igual forma permite desvincularlo, cuando exista una causa justa comprobada.

La estabilidad laboral reforzada nace, cuando el trabajador pertenezca a una población vulnerable, para ello, el empleador deberá solicitar permiso a la autoridad pertinente para realizar la desvinculación, esta protección es la garantía a los derechos fundamentales de muchos trabajadores como manifiesta Cabrera Erazo, A. C., & Urrea Ramírez, D. F. (2023):

En Colombia, la estabilidad laboral reforzada, en cumplimiento a convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT, a sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, ha otorgado alta protección a trabajadores que por su condición, pueden verse expuestos a situaciones de discriminación y desempleo, en conexidad con distintos derechos fundamentales que se pueden vulnerar, por lo que se dan los fueros como el de maternidad, sindical, por acoso laboral, paternidad, madre o padre cabeza de hogar, salud y Prepensionados (p. 10).

Los Prepensionados, son una población vulnerable, como se ha manifestado y se sostendrá dentro del documento, su condición de avanzada edad, lo que hace casi imposible su reintegro a la fuerza laboral y su afectación a la expectativa legítima, requiere de una protección integral para evitar violación de derechos fundamentales. Teniendo como punto de partida que las personas tienen derecho a vivir con estándares mínimos que garanticen derechos fundamentales como la dignidad humana, así lo manifiesta, Grajales Silva, J. F., & Rentería Gallo, E. A. (2021):

La estabilidad laboral, tiene como finalidad, alcanzar las condiciones especiales que ofrece la normativa, que permitan vivir dignamente para sostener la familia y los gastos que son generados dentro del hogar, como es la salud, la vivienda, la educación y otros; en nuestro país, la falta de oportunidades hace que la clase trabajadora, teme perder los empleos porque dependen del salario mínimo para subsistir la vida diaria (p. 17).

Es imperioso que el Estado garantice una estabilidad laboral reforzada a población vulnerable, como lo son los prepensionados, con el fin de garantizar estándares mínimos para vivir dignamente como lo manifiesta el autor.

## **Expectativa legítima**

Se entiende como expectativa legítima, la probabilidad de un retiro digno de la fuerza laboral mediante la pensión de vejez, garantizando que las personas que, han comenzado a laborar desde temprano, se les garantice dicho acceso, el ejemplo más claro se remite a los regímenes de transición, en los cuales,

personas que habían cotizado gran parte de su historial laboral, bajo la vigencia de normas que resultan más beneficiosas, no pierdan esos privilegios, sin embargo, esta calidad se encuentra condicionada, acorde a lo establecido en el artículo 36 de la *Ley 100 de 1993*, que consagra que quienes deseen acogerse al régimen de transición, deben cumplir ciertos requisitos, tales como tener 35 años o más para mujeres y 40 años o más para el caso de los hombres, o haber cotizado más de 15 años, todos estos requisitos cumplidos anteriormente a la entrada en validez de la mencionada ley.

El régimen de transición busca, proteger esa posibilidad inminente de las personas para consentir a su pensión de vejez, por ende, la jurisprudencia define el asunto, así:

[...] las “meras expectativas”, se centra en una esperanza efímera de alcanzar una consecuencia jurídica. Sin embargo, la expectativa legítima es el afianzamiento de una consecuencia que por la promulgación de una nueva ley no se logró y que se pudo obtener con la ley anterior. (Sentencia C-147 de 1997).

Aunque las mencionadas aspiraciones, pueden ser asunto de alguna reflexión protectora por el Legislador, con el fin de evitar que la variación de la normativa, produzca posiciones diferentes e imparciales o de suscitar o de asegurar favores generales para indiscutibles sectores de la población o, en general, de apremiar cualquier otra meta de utilidad general, las nuevas legislaciones pueden tener en cuenta acontecimientos o situaciones ocurridas en vigor de las leyes antiguas, para que con arreglo a las prácticas de aquella, logren conformarse o fortalecerse ciertos derechos, los llamados efectos retrospectivos, expuestos en la sentencia en alusión.

Ahora bien, referente a los prepensionados, la expectativa legítima es mayor, toda vez que, el lapso que les resta para alcanzar el derecho a la pensión de vejez es, relativamente corto, 3 años, por ende, su desvinculación genera un rompimiento a lo que hemos visto con la esperanza de obtener el derecho. El análisis se ha realizado bajo el cambio de normativa, comoquiera que en la mayoría, los casos aumentan o modifican las exigencias para alcanzar el derecho a la pensión de vejez, sin embargo, en los prepensionados, lo que ocurre con su desvinculación, es la imposibilidad de seguir aportando a la seguridad social, ratificado mediante su sistema, corolario, ya no se adquiere el derecho en 3 años, sino que aumentará hasta que la persona se reintegre a la fuerza laboral, lo que es bastante difícil por su avanzada edad.

## Seguridad social como derecho fundamental

Podemos adentrarnos en el concepto de seguridad social, como una prestación pública, como lo define la Constitución Política de Colombia, sin embargo, más que un servicio público, se considera un derecho, es ahí donde toma relevancia la afirmación dicha al inicio, por lo que se hace más acertada en el hecho de que la seguridad social tuvo que recorrer un camino largo para considerarse derecho fundamental, no obstante ¿Qué representa la seguridad social como derecho fundamental?, la jurisprudencia lo ha determinado así:

El derecho a la seguridad social, es un derecho primigenio, cuya protección se deriva “de (i) su representación ineludible, (ii) su legitimación como tal en los acuerdos y convenios internacionales corroborados por el Estado colombiano en la materia y, (iii) de su prestación como servicio público, en correspondencia con el principio de generalidad. Empero, el carácter primordial del derecho a la seguridad social, no consigue ser involucrado al lograr su eficacia a través de la acción de tutela. En este sentido, el amparo del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela, solo tiene parte cuando (i) obtiene los criterios de un derecho intrínseco; (ii) la carencia o insuficiencia de su disposición y procedimiento, infringe un derecho principal y; (iii) cuando su ejercicio, compensa las exigencias de procedibilidad, reivindicatorio en los casos indivisibles con relación de todos los derechos esenciales (Sentencia T-638 de 2016).

Se puede determinar, que la seguridad social adquiere el rango constitucional, por su carácter de irrenunciable, al estar expuesto en tratados internacionales, por generar una conexión innegable con la dignidad humana, y por su garantía de protección a la vejez, a la invalidez, a la enfermedad común y laboral, a la familia en caso de muerte del afiliado. La seguridad social más que un servicio, es un derecho esencial, que debe ser autorizado y manejado como tal. Si bien es cierto, que las personas al oír el término de seguridad social, se remiten al concepto de pensiones, debemos tener en cuenta que, la seguridad social es un concepto integral, compuesto por seguridad social en: salud, riesgos laborales y pensiones, generando una protección bastante amplia para el afiliado ante cualquier suceso, como lo puede ser una enfermedad o un accidente, de igual manera, lo blindo para que en el momento de llegar a la vejez, pueda tener una jubilación digna.

Como lo establece Grajales Silva, J. F., & Rentería Gallo, E. A. (2021):

Así las cosas, la seguridad social en materia pensional en Colombia, nace como una medida de contingencia de un destino cierto; la vejez, proveniente de causas biológicas, naturales a todos los seres humanos, y a partir de esto, se han reglamentado las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional (p. 13).

## Mínimo vital cualitativo

Según Ortega Revelo (2011), se entiende que el concepto de mínimo vital es cualitativo, puesto que abarca factores intrínsecos de la dignidad humana, como es el vestuario, la alimentación, el transporte, la educación, la recreación, entre otros bienes que permitan tener una vida digna, en garantía de un desarrollo de ésta, sin ningún tipo de restricción o precarización. Es por ello que, no puede entenderse, que existe afectación al mínimo vital, con solo una variación a los ingresos de una persona, por el contrario, esta variación debe afectar valores intrínsecos a la dignidad humana, entiéndase por éstos, como los factores que debe tener una persona para el desarrollo de su vida con dignidad, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia, de la siguiente forma:

El mínimo vital se centra en procurar que las personas vivan según su estatus obtenido. Sin embargo, cualquier disminución a los ingresos de la persona, no constituye per se una vulneración a este derecho, por el contrario, debe presentarse una carga insoportable para la persona para considerar una violación al mínimo vital como derecho (Sentencia T-184 de, 2009).

También este concepto del mínimo vital ha sido definido por Restrepo Ortega, A., & Montañó Cuero, M. A. (2022).

El derecho al mínimo vital y móvil podríamos considerarlo en este artículo investigativo como lo justo que merece todo trabajador para salvaguardar las necesidades básicas de alimentación, salud, vestido, recreación etc., esta satisfacción debe recaer tanto para el trabajador como para la familia de este (p. 9).

Los derechos laborales tienen su carácter de irrenunciables, con sustento en la dignidad humana, que es el derecho principal o pilar, que sostiene la importancia del mínimo vital. En un mundo de constante crecimiento, donde la calidad de vida cada día es más costosa, las personas deben tener unas condiciones mínimas de subsistencia, esto no es solo garantizar el acceso a la alimentación, debe garantizarse en un espectro más amplio, toda vez que, como seres humanos, necesitamos de varios factores para poder tener un desarrollo digno de nuestra vida.

Todo esto, se puede subsanar con un ingreso digno que ayude a cubrir los gastos de las personas y sus familias, no obstante, ¿Qué sucede cuando estos ingresos se eliminan o varían? Se entra a determinar cuál es nivel de vida en términos económicos que puede soportar una persona, en tanto, si la variación le permite sobrellevar la vida con un nivel digno, no existe vulneración al mínimo vital, sin perjuicio de que, dicho ideal social se ve vulnerado con relación al grueso de la población, en virtud de devengar entre menos de un salario y hasta dos sueldos mínimos legales mensuales vigentes, con ello, garantizar regularidad del mínimo vital se vuelve un asunto complejo, incidiendo de manera radical en el proceso de cotización regular de los pensionados.

Es ahí, donde nace la importancia del derecho al mínimo vital, como derecho primordial, en su carácter cualitativo, porque si bien es cierto que, el Estado en su calidad de Estado Social de Derecho, debe garantizar el bienestar de la población, hacerlo desconociendo su calidad de cualitativo, genera una ambigüedad al momento de determinar cuándo ocurre una afectación y cuáles variaciones deben soportar las personas como ciudadanos de este.

## Calidad de prepensionado avances y sus limitaciones

Frente a la pregunta de si ¿existe algún tipo de avance y/o reto dentro de la jurisprudencia a la permanencia laboral robustecida y a la figura del prepensionado? podemos arrancar indicando que, efectivamente existen avances y limitaciones, sin embargo, debemos identificar varios factores para determinar si dicha afirmación es absolutamente cierta.

En cuanto a los avances, Robayo Cárdenas, M. A. (2017), desarrolla dos tipos de avances en esta figura para empleados públicos:

Una de las sentencias más importantes en la presente línea, es la sentencia de unificación SU-897 de 2012, en la cual la Corte, aparte de ratificar dicha postura argumentativa, establece los lineamientos constitucionales para poder entender la aplicabilidad de la estabilidad laboral reforzada, enfocada únicamente en los procesos de reestructuración administrativa. Así, la Corte expone que: (i) se puede tener como Prepensionados, a aquellos trabajadores pertenecientes a las entidades liquidadas, entre otras, en los planes de reestructuración, a quienes les falte tres (3) años o menos para cumplir con los requisitos mínimos de pensión de vejez, al momento en que es suprimido el cargo que ocupan y; (ii) la protección que se les otorga surge del llamado “retén social”, el cual obliga a que, una vez suprimido el cargo, la entidad deba continuar con el pago de

aporte correspondientes al sistema de seguridad social, especialmente en el subsistema de pensiones, hasta tanto se cumplan los requisitos mínimos para que dicha persona pueda acceder a una pensión de vejez.

De igual forma, el autor reseña los avances en el sector privado:

Por lo tanto, la Corte expresa, que no es lógico, además de no ser justo, que exista una brecha entre derechos y garantías constitucionales de protección en cuanto a los trabajadores, solamente por el hecho de que su empleador sea privado o público, razón que no hace más o menos gravoso el hecho de causar el riesgo de vejez a cargo del sistema de seguridad social, por lo cual se equiparán las condiciones de protección frente a los trabajadores oficiales, estableciéndose que, no puede terminarse el contrato de trabajo cuando se esté a tres años o menos de cumplir con los requisitos mínimos de pensión de vejez, siempre y cuando el despido vulnere sus derechos fundamentales, al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, en razón a que su edad es indicativa de la pérdida de fuerza laboral y la dificultad para proveerse sus propios recursos.

Otro avance significativo que ha traído la jurisprudencia a esta figura, es la aplicación excepcional de la tutela como mecanismo de protección, tal como lo establece, Cortés, B. (2019):

Respecto al reintegro o protección de los trabajadores prepensionados del sector privado, por regla general, la tutela no es procedente para solicitar el reintegro de un trabajador, puede suceder que esta sea la vía indicada para ventilar asuntos de esta naturaleza cuando quiera que de las circunstancias del caso concreto, se observe que los mecanismos ordinarios no resultan eficaces para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales invocados (p. 56).

Es evidente, que la tutela siempre se aplicará de manera excepcional, con la cuidadosa verificación judicial, por su carácter subsidiario, sin embargo, que la jurisprudencia establezca su aplicación sujeta a ciertos requisitos, es un punto sólido de la jurisprudencia en el crecimiento de la figura del prepensionado.

La figura de Prepensionados, ha traído consigo grandes avances tanto en el sector público, como el sector privado, los cuales se evidenciarían en los diferentes análisis a las sentencias enunciadas, sin embargo, desde ahora, se puede establecer, que la aplicación de dicha estabilidad laboral reforzada en el sector privado, es uno de los más notorios, toda vez que prevalece el principio a la igualdad.



Referente a las limitaciones, teniendo en cuenta la postura de Naranjo Mejía (2006), a propósito del Estado Social de Derecho, contando con su función principal, es decir, garantizar los derechos fundamentales de las personas, encontramos ahí la seguridad social y el trabajo. De la misma manera, Goyes Moreno e Hidalgo Oviedo (2012), menciona que “para la Corte, la permanencia laboral tiene un doble propósito: por un lado, garantiza un mediano para el soporte vital y, por otra, certifica la trascendencia del sujeto en la sociedad” (p. 177). Es así, que la figura del prepensionado, más allá de estar sustentada en una permanencia laboral reforzada, es decir, el impedimento que tiene el contratante para despedir a un trabajador por causas subjetivas, se sustenta en la protección de un mínimo vital a las personas que cuenten con un estado de vulneración inminente, encontrándose en un grupo de especial de protección, para nuestro caso, los prepensionados.

La jurisprudencia ha generado ciertas limitaciones a esta figura, recordemos que la esencia de la estabilidad laboral, busca la protección de la dignidad humana, mediante un mínimo vital, es ahí donde se puede inferir que la figura del prepensionado tiene grandes aciertos y ha tenido grandes cambios jurisprudenciales, tales como salir del campo exclusivo del retén social y convertirse en una figura de permanencia laboral consolidada o su aplicación al sector privado. Aun así, se evidencia afectación el derecho a la igualdad referente a los empleados de libre nombramiento y remoción, puesto que no son condecorados de dicha estabilidad y la limitación más visible, sobre el presupuesto de que la edad de pensión, es un requisito que se puede cumplir sin vinculación laboral.

Jaramillo (como se citó en Antolínez Niño, P. A., & Galvis Tarazona, O. E. 2019), plantea que: “la estabilidad reforzada no significa que sean intocables, se trata de una garantía para impedir que se frustre el acceso al cumplimiento de los requisitos de causación de la pensión de vejez, sin perjuicio de considerar que la inclusión en nómina de pensionados constituye una justa causa” (p. 3).

Si bien es cierto, la estabilidad laboral reforzada no es un concepto absoluto, acorde lo manifiesta el autor citado, es un escudo que blinda a las personas de despidos discriminatorios, que puede tener cierta flexibilidad para acomodarse a empleados de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede determinar que, existen algunas limitaciones de la figura del prepensionado por parte de la jurisprudencia pues, desconoce principios y remuneraciones principales, tales como, el mínimo

vital, en el entendido de que una persona que es desvinculada de su empleo sin desempeñar el conjunto de los requisitos para convenir a la retribución de vejez y con la claridad de que para la mayoría de las personas, su único ingreso se reduce a su trabajo, existe una afectación directa a la expectativa legítima, a razón de la alta tasa de desempleo en nuestro país, por ello, es lógico inferir que, las personas tardarán en integrarse de nuevo a la fuerza laboral, haciendo que sus cotizaciones se vean retrasadas, limitando su acceso a una jubilación digna.

## Limitaciones del prepensionado en el RAIS

Apoyando la idea de Silva Rodríguez, J. A., & Muñoz Carrasquilla, I. R. (2022), se puede evidenciar que, la aplicación de la figura de estabilidad laboral reforzada en prepensionados, tiene un primer muro con el cual chocar y es lo establecido por la autora mencionada, la volatilidad del mercado, porque si bien es cierto que, el requisito esencial en el RAIS, es la adquisición de capital suficiente para otorgar una mesada pensional igual o superior al 110% de salario mínimo legal vigente, conforme a lo establecido en el artículo 64 de la ley 100 de 1993, no menos cierto es lo que recalcan, autores como Posada Ramírez, C. (2020), al afirmar que:

En el RAIS existen diversas dificultades frente a este asunto, pues solo se podría recurrir a dicha terminación anticipada, si el empleado ha trabajado toda su vida con el empleador, aunque no tendría conocimiento certero de las circunstancias personales del trabajador (por ejemplo, con relación a sus beneficiarios y familiares), monto ahorrado ni de las semanas cotizadas, de cara a una garantía de pensión mínima; a ello se suma que, como ya se mencionó, es información financiera reservada, por cuanto los fondos privados son precisamente entidades financieras que se rigen por lo dispuesto en las leyes estatutarias 1266 de 2008 y 1581 de 2012 y la información de los afiliados está vedada para los empleadores por *habeas data*, lo que lo diferencia de Colpensiones, en donde el empleador, tiene acceso a la historia laboral de sus empleados, situación que claramente se convierte en una dificultad para el RAIS, para poder aplicar la causal de retiro forzoso, pues allí el empleador no tiene acceso a la información requerida para saber si se cumplió el requisito (p. 24).

A ello encontramos que la protección de los prepensionados en el RAIS, resulta cada vez más frustrante, porque la jurisprudencia se ha encargado de realizar su análisis referente a la garantía de pensión mínima, pasando por alto, que el RAIS tiene como requisito principal, la obtención de capital.

## **Análisis crítico a la jurisprudencia de los prepensionados**

En Colombia, la jurisprudencia ha sido un gran apoyo a la interpretación de las normas. El carácter abstracto de la norma, impide su aplicación literal, por ende, debe ser el juez el encargado de analizarla y aplicarla al caso concreto, sin embargo, al ser una persona diferente la que interpreta la norma y la persona que la elaboró, puede generar una serie de análisis erróneos, generando afectación a los derechos de las personas. Es por ello que, las Altas Cortes, mediante sus providencias, generan pautas para la interpretación de las respectivas normas, que solucionan casos similares al que un juez pueda estar a punto de dirimir. No empece, estos pronunciamientos, no siempre son acertados, por el contrario, a lo largo de estos años, la jurisprudencia colombiana ha tenido aciertos, pero también algunos desaciertos notorios, frente a la figura del prepensionado, los cuales se traerán a colación en este capítulo y de igual forma sus avances para esta figura.

### **Identificación de la problemática**

Para abordar el problema mencionado a lo largo de este documento, analizaremos varias sentencias de la Corte Constitucional, con el fin de identificar los avances y limitaciones que ha tenido la figura del prepensionado, en su desarrollo jurisprudencial. Utilizaremos un análisis gramatical y sistemático de cada una de las providencias como objeto de análisis, con el fin de desenterrar la mayor cuantía de indagación distinguida en la identificación de la problemática.

## **Análisis crítico a la jurisprudencia de los prepensionados**

### **Sentencia SU-897 de 2012**

La providencia en alusión, se basa en una unificación jurisprudencial de los casos de retiro de empleados públicos desvinculados de la ESE Luis Carlos Galán<sup>2</sup>, la cual entró en liquidación, y por ende, dichos empleos debieron

---

<sup>2</sup> Empresa de Servicios del Estado.

suprimirse. Los empleados públicos argumentaron tener la calidad de prepensionados, y en consonancia con el artículo 12 de la *Ley 790 de 2002*, estaban a tres años o menos de adquirir o reunir los requisitos para conseguir la pensión de vejez. Exactamente, la Corte entrará a revisar 10 casos de tutela, en los que se requiere la protección de derechos primordiales, como el mínimo vital, la seguridad social y la dignidad humana, entre otros, todos unificados en la presente sentencia, bajo los presupuestos de unificar conceptos de trascendencia de amparo a los individuos prontos a pensionarse, su importancia transitoria, los favores que se derivan de esta figura y las órdenes que el juez constitucional tiene que proferir.

El examen de las discrepancias estudiadas en la jurisprudencia de las salas de revisión, lleva a ultimar sobre la coexistencia de diferentes réplicas respecto de argumentos precisos en criterios indiscutibles, discrepancias que se originan de las réplicas entregadas a los siguientes interrogantes:

- ¿A cuáles entidades de la administración pública, corresponden los beneficios otorgados por el amparo fortalecido a los trabajadores que están cercanos a pensionarse?
- ¿Cuáles trabajadores deben considerarse como prepensionados, y a partir de qué instante se tienen que anotar los tres años en los cuales es ineludible cometer las exigencias estipuladas para acceder a la pensión de vejez?
- ¿De que se trata la protección a la estabilidad reforzada para los prepensionados en las entidades en las que se otorga este beneficio?
- Conforme al interrogante que antecede, ¿cuál es la orden que debe declarar la autoridad jurisdiccional para amparar los derechos de los Prepensionados?
- ¿Quiénes deben dar observancia a las disposiciones declaradas en la presente sentencia de unificación (Sentencia SU-897 de 2012)?

Podemos determinar, que el concepto de prepensionado en su nacimiento en la *Ley 792 de 2002*, se trataba de una figura de aplicación hasta el 2005, exclusiva de la transformación de las entidades gubernamentales. Por ende, la Corte decide definir a los prepensionados de la siguiente manera:

En nutridas sentencias de esta Corporación se establece, que las personas beneficiarias del fuero de estabilidad laboral reforzada, en calidad de prepensionados, son las personas que estén a 3 años o menos de cumplir con los requisitos para obtener su pensión de vejez. (Sentencia SU-897 de 2012).

El segundo eje de interpretación, se centra en el momento en el cual debe hacerse el cálculo de los 3 años, para lo cual, la Corte determina varios factores, como el principio *pro homine* o la salvaguarda constitucional de la permanencia laboral reforzada; en este sentido, la Corte tendrá que establecer, cuál interpretación es más garantista, si la contemplada en la jurisprudencia anterior o la referida en precedencia, dado que dicha Corporación, al realizar un discernimiento exhaustivo, intrínsecamente ligado a las oportunidades que despliegan la exégesis, según las destrezas legales, predominará el modelo más protector y que, por ende, se adecúa en mejor representación al contenido fundamental del derecho a la seguridad social. Así, será aquella que contabiliza el término de tres años desde el momento en que empieza el conteo regresivo para entregar el cargo (Sentencia SU-897 de 2012).

Si bien es cierto, el momento desde el cual se hace el cálculo para determinar los tres años faltantes para completar los requisitos para conseguir la pensión de vejez, resulta ser un tema central, también lo es que, las entidades deben garantizar esta protección mediante la figura de *retén social*.

En virtud de ello, es importante precisar, que todas las entidades liquidadas en desarrollo del PRAP (Programa de Renovación de la Administración Pública), de manera vinculante y obligatoria, deben aplicar la garantía especial a los trabajadores a puertas de pensionarse.

La anterior deducción, no debe pensarse como una dificultad para que, conforme a discernimientos concretamente adaptables a otros temas, entidades del Estado que se liquiden por motivaciones desiguales al PRAP, estén en la obligación de desplegar programas de protección social, con relación a los trabajadores que se entiendan como receptores de especial resguardo dentro de nuestro Estado Social de Derecho. Por esto es que, programas de amparo como el llamado “retén social” tienen cimiento en el principio de igualdad, establecido en la Constitución Política, en su artículo 13, entendido en el contexto de ecuanimidad material e identidad real, que son axiales al mismo en un Estado Social de Derecho. La referida protección, acorde a sus bases constitucionales, tendrá que ser desarrollada en normas con categoría legal, en concordancia con los preceptos legislativos que la infunden, siendo posible que, conforme a cada situación, se presenta un amparo de diferente grado o extensión (Sentencia SU-897 de 2012).

Por último, la Corte establece que, la figura de los prepensionados encuentra sustento en normas de carácter nacional e internacional, de igual forma deter-

mina que, las administradoras del patrimonio autónomo de las entidades liquidadas, serán las encargadas de cumplir la protección a esta figura. Esta providencia, resulta ser un avance parcial a la figura del prepensionado, en el entorno del retén social, en la que se contempla el punto o el momento desde el cual debe realizarse el cálculo de los 3 años que restan para desempeñar las exigencias para obtener la pensión de vejez; se considera que, la providencia pudo estar acompañada de una aplicación extensiva hacia todas las entidades en liquidación y no solo para las que se encuentran en ese estado por medio del programa PRAP.

El amparo a ciudadanos cercanos a pensionarse, se concentra en la garantía constitucional de la seguridad social, por consiguiente, con relación al artículo 13 Constitucional, esta figura debe aplicar a todas las entidades que entren en liquidación, en lo que se refiere al retén social.

## **Sentencia T-357 de 2016**

La providencia en mención, inicia su análisis en la desvinculación de un trabajador oficial, con contrato a término indefinido con el Banco Agrario de Colombia, en la cual, el accionante aduce contar con la calidad de prepensionado. El debate jurídico en dicha sentencia, se centra en determinar, si hubo violación de derechos por parte del Banco Agrario, al terminar el contrato laboral por fenecimiento del plazo supuesto, de seis (6) meses, sin renovación o aviso anticipado del mismo hecho. En primera instancia de la tutela en reseña, se ordena el reintegro de la persona, por estimar que contaba con la calidad de prepensionable, y que por ello, estaba protegido bajo la estabilidad laboral reforzada de dicha figura. Sin embargo, en segunda instancia, dicho fallo es revocado, puesto que, el accionante no acreditó la subsidiariedad de la tutela.

Dentro de la providencia en mención, se puede evidenciar el primer dato relevante sobre la figura del prepensionado, que bien haríamos en definirlo como avance.

La estabilidad laboral reforzada, ha protegido constitucionalmente a los siguientes grupos: menores de edad, personas de la tercera edad, mujeres en estado de gravidez y personas con discapacidad. Sin embargo, las personas próximas a pensionarse, son también protegidas por este amparo, siempre y cuando se demuestre al juez de tutela, que sufrirán una afectación a su mínimo vital. (Sentencia T-357 de 2016).

La referida acción de tutela incorpora, la protección constitucional de la figura del prepensionado, lo cual denota un avance, en tanto, más que la protección de una expectativa, protege derechos primordiales, tales como la dignidad humana, el trabajo, el mínimo vital, entre otros derechos; no obstante, debe aplicarse el requisito de subsidiariedad y probar el perjuicio irremediable. Es importante aclarar que, la protección constitucional al prepensionado, no se desprende exclusivamente de la sentencia objeto de estudio, ya en la sentencia T-824 de 2014, se establecía así:

La protección constitucional mediante la acción de tutela de manera excepcional, puede conceder reintegros, siempre que no exista un medio más eficiente para proteger los derechos, sin embargo, dicha protección, puede ser definitiva o deberá ser temporal y acudir al juez laboral. (Sentencia T-824 de 2014).

La jurisprudencia en el campo de la protección a la figura del prepensionado, más que una limitación, ha generado un gran avance, esta protección es inminente, teniendo en cuenta que para una persona que su único ingreso es su salario y es desvinculado laboralmente, se le genera un perjuicio irremediable; no empece, esta protección se genera a partir de que la persona esté a tres (3) años de cumplir las exigencias para conseguir la pensión de vejez, cuente con una edad avanzada que limite su fácil acceso a la fuerza laboral y, adicionalmente, deje de cotizar al sistema de seguridad social por un tiempo indefinido, por consiguiente, queda afectada su expectativa legítima de acceder a su jubilación digna. Como bien lo expresa la Corte de la siguiente manera:

Los prepensionados al contar con una edad avanzada y que el sueldo que devengan, sea su única fuente de ingresos, adquieren una necesidad importante de ser protegidos por el amparo constitucional. (Sentencia T-357 de 2016).

Ahora bien, la Corte desarrolla el concepto de los trabajadores oficiales, el cual tocaremos de manera superficial, con el fin de contextualizar el inconveniente jurídico que aborda la sentencia. Por ende, se fijarán dos puntos, su definición y su contratación a término indefinido. El Decreto Ley 3135 de 1968, citado en la providencia objeto de análisis establece:

Los individuos que suministran sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son servidores oficiales; no obstante, los reglamentos de dichas empresas establecerán qué diligencias de orientación o

familiaridad correspondan ser desempeñadas por personas que posean la calidad de empleados públicos (Sentencia T-357 de 2016).

Entonces, los trabajadores oficiales se pueden entender, como aquellos servidores públicos que despliegan actividades de mantenimiento y de funcionamiento en una entidad pública, un ejemplo claro y el más utilizado, son las personas encargadas de obras públicas. La contratación de dichos servidores públicos, se hará mediante contrato de trabajo, por las siguientes modalidades, establecidas en el capítulo V, artículo 37 del *Decreto 2127 de 1945*, a saber: “por el lapso que perdure la ejecución de una labor u obra establecida, a término indefinido, por tiempo estipulado, o en la ejecución de un trabajo fortuito u ocasional” (art. 37, Decreto 2127 de 1945).

Conforme al caso que atañe al problema jurídico de la presente sentencia, se refiere a un trabajador oficial vinculado mediante estipulación a término indefinido, el cual se encuentra regulado en el artículo 8 de la *Ley 6 de 1945*, modificado en el artículo 2 de la *Ley 64 de 1946*, establece que “(...) Cuando no se convenga tiempo o éste no derive de la naturaleza misma de la prestación concertada, como en los casos de recolección de cosechas, etc., se concebirá celebrado por seis (6) meses (...)” (art. 2, Ley 64 de 1946).

Es ahí donde nace, el argumento alegado por la empresa accionada, según la cual, la finalización del contrato sucedió por fenecimiento del plazo inicialmente pactado, sin embargo, según la Corte Constitucional, la terminación de los contratos por expiración del plazo presuntivo, con la debida manifestación expresa de las partes de no continuar por el mismo, no establece una vulneración a los derechos fundamentales, a pesar de que exista una presunta contradicción, pues, si hablamos de término indefinido, mal haríamos de limitarlo a un tiempo, no obstante, dicha Corporación ha determinado, que resulta procedente, en tanto, no se le puede imponer una liquidación a los trabajadores mayor a 6 meses.

Para concluir el análisis de esta providencia, entramos a examinar, como lo señala la Corte Constitucional, el derecho a la permanencia laboral reforzada de los individuos próximos a pensionarse. La Alta Corte, ha basado su línea jurisprudencial en la protección de estas personas, mediante el retén social, sin embargo, como ya se mencionó, aunque la figura con varias similitudes a la permanencia de estabilidad laboral reforzada para prepensionados, resulta con varias distinciones, la primera figura, solo aplica para entidades en liquidación, dejando despidos subjetivos por fuera de esta protección. Como con acierto lo manifestó la Corte en la sentencia T-326 de 2014, de la siguiente manera:



La protección a los prepensionados no se puede limitar al retén social, por el contrario, debe ir en armonía con el principio de igualdad material, toda vez que si la estabilidad laboral del prepensionado se limita al retén social existirá una violación a la Carta Magna. (Sentencia T-326 de 2014).

Mal haríamos con confundir estas dos figuras, aun cuando las dos generan protección a poblaciones vulneradas, deben aplicarse en contextos diferentes, se reconoce que la protección al prepensionado, se extiende fuera de la órbita de la escisión de una entidad estatal, haciéndose extensiva a cualquier supuesto de hecho que, genere desvinculación de estas personas de la fuerza laboral, vulnerando sus derechos fundamentales.

En consonancia con lo anotado, el retén social contemplado en la *Ley 790 de 2002*, a diferencia de la figura de permanencia laboral reforzada a los Prepensionados, no tiene como tal una regulación positiva, por el contrario, todo se ha limitado al avance que ha dedicado la jurisprudencia en la salvaguarda de los derechos de estas personas, tanto así que, la misma jurisprudencia, retiró esta protección del sector público, llevándola al sector privado, generando así, uno de los avances más representativos para la figura del prepensionado, y en ese sentido determinó:

(...) protege a los trabajadores del sector privado que estén próximos a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Todo individuo con contrato de trabajo y que esté a 3 años de acceder a la pensión de vejez será protegido por la estabilidad laboral reforzada de prepensionado. (Sentencia T-357 de 2016).

Tal protección, no termina con el acatamiento de los requisitos para aprobar la pensión de vejez, por el contrario, esta protección debe extenderse hasta la inclusión en la nómina del fondo de pensiones, debido a que el trámite pensional, puede tardar varios meses, generando así una desprotección a los derechos esenciales de las personas.

Así pues, a manera de conclusión, el asunto ha dejado varios avances a la figura del prepensionado, uno de los más importantes, es su extensión al sector privado, aplicando el derecho a la igualdad: si bien es cierto, existe una brecha enorme entre los dos sectores, en la manera de contratación, funciones y cargos, también existe una similitud importante, en que ambos se encuentran subordinados, generando una vulnerabilidad relevante, en el sector privado a un empleador que puede ser persona jurídica o natural y, en el sector público,

subordinados al Estado. Por ende, se cataloga como el avance más relevante de la jurisprudencia, sin dejar de lado lo mencionado en este análisis. Por último, la Corte toma como decisión, ordenar la vinculación de forma inmediata del trabajador al puesto que venía desempeñando y, evidentemente, con todos los derechos conexos que trae una orden de reintegro.

## Sentencia T-595 de 2016

Para este caso de estudio, se centra la mirada sobre la desvinculación de diferentes empleados públicos, los cuales contaban con calidad de prepensionado, sin embargo, en las respuestas de las entidades y en algunos fallos establecen que, esta protección, es exclusiva del retén social.

Por ende, la Corte inicia su análisis, en el estudio del retén social, y sus fundamentos, se remontan a la renovación de las entidades públicas, no empece, deben generarse garantías mínimas para proteger a las poblaciones vulnerables, tales como las personas contiguas a pensionarse, por tanto, se hace un recuento de diferentes providencias, en las que se extiende la protección del retén social, no únicamente a entidades en proceso de adecuación de la administración pública, sino, por el contrario, a cualquier desvinculación del sector público pero, especialmente, en todas las renovaciones de todas las entidades.

Referente a la permanencia laboral reforzada, la Corte recuerda la sentencia T-186 de 2013, que establece lo siguiente:

“La protección de los prepensionados tiene sus bases constitucionales, todo esto en la protección de los derechos fundamentales de la población que se vería afectada por su desvinculación laboral, no solo en los casos del retén social, si no en el retiro de cualquier trabajador privado o público.

La protección encuentra sus barreras cuando el protegido es un empleado público en provisionalidad, que debe ser retirado porque su cargo fue asignado en concurso, se evidencia el choque de dos derechos fundamentales, sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que no se puede inclinar la balanza a favor de alguno de los dos derechos, y establece que las entidades deben interpretar la norma, salvaguardando los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado.” (Sentencia T-183 de 2013 citada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-595 de 2016).

En consecuencia, la Alta Corte determina, que la permanencia laboral reforzada, es producto de cualquier lazo laboral administrativo, de funcionarios o de los individuos nombrados en provisionalidad, lo que constituye un avance que se ha venido presentado a la figura del prepensionado. Si bien es cierto que, esta protección tiene su génesis en el retén social, gracias a los pronunciamientos de la Corte, podemos inferir que, se está convirtiendo en un fuero de estabilidad laboral reforzada que toma sus bases y se considera en providencias que se analizan en el progreso de esta exploración. Es claro que, dejar la figura del prepensionado limitada en el retén social, resulta restrictivo, mientras los individuos próximos a pensionarse son considerados personas de especial protección, se debe asegurar la máxima garantía a la estabilidad laboral para proteger derechos como la dignidad humana, la seguridad social, el mínimo vital, entre otros.

## Sentencia T-638 de 2016

La contrariedad jurídica de esta providencia, se centra en la desvinculación del señor Eleázar González Boucha, por parte de la Sociedad de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles -CIAMSA-, sustentada en razones administrativas, y con motivo de lo anterior, el accionante solicita el reintegro a su cargo, argumentando que dicha terminación del contrato, vulneró sus derechos fundamentales.

En primera instancia, el fallo favorece al demandado, al considerar el *ad quo*, que por la edad del trabajador, éste se convierte en una persona de especial protección. Sin embargo, en segunda instancia el *ad quem*, revoca el fallo, al discurrir que dicha acción no cumple el requisito subsidiariedad, además, manifiesta el despacho que el accionante no acreditó su calidad de vulnerabilidad, para ser merecedor de la permanencia laboral reforzada y entrar en el grupo de protección especial.

Es así como, la Corte Constitucional, entra a establecer si concurrió el quebrantamiento de los derechos del demandante al terminar el contrato de trabajo, faltando un año para adquirir el estatus de pensionado. Dentro del trámite de revisión, la empresa decide dirimir el conflicto, por lo que se da la figura de hecho superado, que no es más que la solución al conflicto que pretende la acción de tutela zanjar, esta figura no es más que un mecanismo para evitar fallos sin sentido, no obstante, la Corte ha estimado que, cuando sea necesario pronunciarse sobre un supuesto de hecho lo hará, en tanto evite la vulneración de derechos.

La Corte inicia su análisis, estableciendo los presupuestos para considerar la seguridad social, como derecho esencial, para ello, es significativo traer la definición de la Constitución Política, en su artículo 48, que a la letra consagra: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (...)” (art. 48, Constitución Política de Colombia, 1991).

Aunque en esta definición se instala como servicio, ello resulta contrario a varios principios, porque la seguridad social más allá de un servicio, debe considerarse como un derecho fundamental, le resta importancia a la misma como derecho, siendo subsanado por la jurisprudencia mediante la extensión de la mencionada definición a derecho fundamental, con las siguientes precisiones:

“La protección a la seguridad social, históricamente se deriva de: la representación ineludible, su vinculación a los convenios y tratados internacionales, ratificados por Colombia, su prestación como servicio público. Sin embargo, el amparo mediante acción de tutela se da cuando: adquiere características de un derecho subjetivo, la afectación a la vida digna, cuando es conexo a derechos fundamentales, como la dignidad humana, el mínimo vital, la vida y la salud.” (Sentencia T-638 de 2016).

La anterior definición, nos centra en el concepto desarrollado sobre el mínimo vital cualitativo, que refiere a presupuestos que le permiten a una persona llevar una vida digna, sin ninguna limitación. De existir vulneración de este derecho, debe procederse con la acción de tutela, como mecanismo idóneo en su protección. Con ello, resulta procedente hablar de un avance dentro de la figura del prepensionado pues, como se estableció en la anterior providencia, la desvinculación laboral de una persona con dicha calidad, genera una afectación directa a su mínimo vital.

Sobre el derecho fundamental al trabajo, la Corte establece, que este tiene sus pilares en la dignidad humana y el Estado debe mantener especial protección sobre él, sin perjuicio de que su protección trasciende a normas internacionales, toda vez que “Todo individuo que labora tiene derecho a ser remunerado, en consonancia con su capacidad para beneficio propio y de su familia”. (Declaración Americana de los Derechos del Hombre citada en la Sentencia T-638 de 2016).

Resulta relevante, analizar la importancia del derecho del trabajo, como se ha manifestado en la figura de la permanencia laboral para los prepensionados no

solo genera una protección a la expectativa legítima de convenir a la pensión de vejez, por el contrario, protege otros presupuestos que se desprenden entre sí, como el derecho a recibir una remuneración, tal factor resulta vital en la subsistencia de una persona en el desarrollo de una vida económica y social en pleno uso real de sus presupuestos socio jurídicos como ciudadano. Ahora bien, se considera pertinente acercarse a la definición de estabilidad laboral, a lo que la jurisprudencia, en su sentencia C-470 de 1997, la ha definido como:

“La estabilidad laboral es el derecho de toda persona a mantenerse en su cargo, siempre y cuando no medie una justa causa para ser apartado del mismo, todo esto con el fin de evitar que las relaciones laborales se regulan por el principio del libre albedrío.” (Sentencia C-470 de 1997).

Dicha figura, debe analizarse desde la óptica de su importancia y su carácter no absoluto, es común encontrar, que muchas personas deciden confundir la estabilidad laboral con la oportunidad de permanecer perpetuamente en un trabajo, lo cual es inadecuado, lo que permite es que el trabajador no sea desvinculado por causas subjetivas o, en el caso de las convenciones a término fijo, exista una razón de peso para que no se dé su renovación, esto con el fin de proteger al trabajador en sus derechos, en el caso que nos atañe. La figura en mención, busca proteger al trabajador que tiene una expectativa legítima de adquirir la pensión de vejez, de igual forma, como en la generalidad de los casos, que el salario que reciben las personas, les permita acceder a esta con cierta facilidad, lo que resulta responsabilidad del Estado, sin que exista una vulneración al mínimo vital de los individuos.

El fuero de estabilidad laboral reforzada, no es la única figura de salvaguarda de los derechos de los prepensionados, como lo vimos anteriormente, el retén social, en el sector público, es una figura bastante relevante. Tal figura propende porque la continua renovación del Estado, no afecte los derechos de los individuos, como es el asunto de los prepensionados, no empece, es fundamental reiterar que, esta figura no debe confundirse por ningún motivo, con el fuero de estabilidad reforzada, en tanto la primera solo aplica en liquidación de entidades estatales en el PRAP, a diferencia del fuero, que aplica a vinculaciones laborales tanto privadas como públicas. Entrando a la esfera del sector privado y público, el objetivo es salvaguardar las expectativas legítimas de las personas, que como bien lo hemos desarrollado, es la esperanza de las personas de alcanzar la pensión de vejez, que con la desvinculación de la fuerza laboral se ve frustrada; para la figura del prepensionado, se ciñe a estar

a tres años o menos de consumir los parámetros establecidos para alcanzar la pensión de vejez.

Respecto a la igualdad, la Corte ha considerado lo siguiente:

“La esfera de la igualdad no es absoluta, toda vez que siempre debe estar regida por una interpretación objetiva y razonable. Por ende, el juez de tutela debe evaluar los preceptos que se alegan desiguales, basado en el propósito perseguido y los medios disponibles para dicho acuerdo” (Sentencia T-638 de 2016).

Dentro de lo citado, podemos extraer una incógnita aún no resuelta, ¿por qué es un avance la inclusión del gremio del sector privado dentro de la permanencia laboral reforzada del prepensionado? todo esto se basa en el hecho de que no existen causas objetivas para hacer distinción entre unos y otros, pues los dos se encuentran bajo un estado de subordinación que, a pesar de sus diferencias contractuales y legislativas, es la similitud más grande.

Por último, podemos determinar que, la providencia en mención trae varios avances, que ya se encontraban consignados en la jurisprudencia, no obstante, resaltan algunos principios relevantes como la índole de derecho esencial de la seguridad social que desarrolla el concepto de permanencia laboral reforzada para los prepensionados, en igual sentido, el derecho a la igualdad, y por qué estos deben tener un trato diferente, incluyendo, la figura de la expectativa legítima, siendo esta uno de los pilares fundamentales de la figura.

## **Corte Suprema de Justicia - STP 7957- 88634-2017**

En este caso, se trata de un desarrollo de la Corte Suprema de Justicia, es la tutela del señor Jorge Arcesio Hoyos Arias, quien fungía como Juez Penal Municipal de Neiva, corresponde a un fallo de segunda instancia contra el Tribunal Superior de Neiva. El accionante, por medio de la *Resolución 242* del 29 de octubre del 2015, fue desvinculado de su cargo, bajo la causal de retiro forzoso por edad, sin embargo, al considerar como errónea dicha decisión, decide interponer recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicho acto administrativo, lo cual no prosperó. Por ende, acude a la acción de tutela con el fin de proteger su derecho a la seguridad social, a la condición más beneficiosa y al mínimo vital.

Entra la Corte a desarrollar el análisis sobre la procedencia del amparo de los derechos después de cumplidos los requisitos de la procedencia de la tutela. La

figura del prepensionado, ha sido definida en varias providencias, aunque la definición que cita la Corte Suprema de Justicia, es la referida en la Sentencia 595/16. Es ahí donde, la postura de las Altas Cortes sobre la definición de prepensionado, es pacífica, comoquiera que alude a cualquier trabajador oficial, del sector público o privado, que se encuentre a 3 años o menos de cumplir con los requisitos para obtener la pensión de vejez.

En la mentada providencia, se insiste en la importancia de ampliar el alcance de dicha protección, no solo en el retén social, sino también a las desvinculaciones de cualquier trabajador y/o empleado público:

(...) La Corte establece que no le asiste la razón a la impugnante, al argumentar qué el accionante no tiene protección, toda vez que no es perteneciente al retén social, sin embargo, se trae a colación la jurisprudencia constitucional donde establece que cualquier servidor público es protegido con estabilidad estando a 3 años de adquirir la pensión de vejez.” (Corte Suprema de Justicia, STP 7957- 88634, 2017).

Teniendo claro lo anterior, el problema jurídico central que la Corte entra a determinar, se basa en el momento exacto en el que se hace el cálculo de los 3 años, los cuales determinan la calidad de prepensionado. Para lo cual, cita la providencia SU-897 de 2012 que establece lo siguiente:

(...) El cálculo para determinar desde cuando se cuenta con dicha protección, se hace desde la supresión del cargo y la cesación del servidor público, toda vez que tiene más consonancia con la interpretación garantista de esta figura.” (Sentencia SU-897 de 2012).

Basados en lo expresado por la Corte Constitucional, los tres años deben contarse a partir de que el retiro sea efectivo, por ello, mal se haría en contar los 3 años a partir la fecha de comunicación de la resolución por la cual se desvincula el empleado público, por el contrario, este término debe contabilizarse desde que el empleado público abandona su cargo; en el sector privado, resulta un poco más fácil hacer el conteo de este término, toda vez que en la mayoría de los casos, el retiro efectivo se da con la notificación de terminación del contrato, no obstante, en algunos casos, opera que la notificación se hace antes del retiro efectivo, por ende, como se ha manifestado, el término al igual que en el sector público, debe contabilizarse una vez el trabajador entregue su puesto de trabajo.

En la sentencia en comento, se realizó un salvamento de voto, relacionado con la naturaleza de la acción de tutela. En conclusión, se genera un avance dentro de la figura y consolida los avances anteriores que la jurisprudencia ha tenido respecto de los prepensionados. Se abre la puerta para poder aplicar, como se manifestó, tanto en el sector público como en el privado, la posibilidad de defender la posición de los trabajadores, como en el caso de análisis en la providencia.

## **Sentencia SU-003 de 2018**

La jurisprudencia en mención, trae a colación la declaratoria de nulidad de la sentencia T-685 de 2016 y analiza a una persona de 59 años, quien ejercía como secretario general 02, código 054, Nivel Directivo, de libre nombramiento y remoción; el accionante tenía cotizadas más de 1300 semanas y estaba a menos de 3 años de cumplir la edad de pensión, por lo que el mismo considera que es favorecido de la estabilidad laboral reforzada.

A pesar de lo anterior, la entidad decide declararlo insubsistente para que no continúe ejerciendo el cargo, por ello, el accionante decide interponer acción de tutela contra la entidad al pensar que es favorecido del fuero de permanencia laboral reforzada por prepensionado. En primera instancia, la tutela fue declarada improcedente, al contar el accionante con otro mecanismo para la defensa de sus derechos, empero, en segunda instancia el fallo fue revocado y se ampararon los derechos al accionante.

En providencia T-685 de 2016, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, decide confirmar el fallo de segunda instancia, desarrollando el problema jurídico, referente a si existe estabilidad laboral reforzada por prepensionado de un empleado público, de libre nombramiento y remoción, estimando que, el accionante cumplía con las obligaciones para tener la calidad de prepensionado. Con el Auto 362 de 2017, la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia en mención. Es así como, la Corte entra a analizar si los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, tienen estabilidad laboral reforzada, de igual forma, si cuando se ha cumplido con el requisito de las semanas y queda pendiente el de la edad, se puede tener la calidad de prepensionado:

La Corporación Judicial, mediante providencia C-514 de 1994, estableció dos tipos de juicios: El primero, un grado de confianza para el ejercicio de sus funciones, ya que deben tratarse de funciones directivas de manejo, conducción u orientación institucional y, el segundo, sostuvo que los cargos de libre nombra-



miento y remoción, corresponden a un alto grado de confianza. Mediante estos dos juicios, se cataloga un cargo de libre nombramiento y remoción. (Sentencia SU-003 de 2018).

Ahora bien, un empleado de libre nombramiento y remoción, se entiende como una excepción a la vinculación de carrera, dicha diferencia radica, en su desvinculación y vinculación, puesto que, ocupan cargos de confianza, en aplicación del principio de discrecionalidad que tiene la función pública para elegir a sus colaboradores; estos pueden vincularse y desvincularse al arbitrio de la misma:

“La Corte en mentada providencia establece que la protección de prepensionado a los cargos de libre nombramiento y remoción sería una violación a la Constitución Política de Colombia y a las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994. En la primera providencia se centra que estos cargos son netamente políticos y su separación y nombramiento están 100% ligados a este contexto. La segunda afirma que la confianza se debe a la inseparable al mandato de cuestiones correspondiente de la discreción en cuya virtud establecen trascendencia para el ente de que se trata. Basado en este discernimiento se fundamenta la falta de protección del fuero de prepensionados a los cargos de libre nombramiento y remoción” (Sentencia SU-003 de 2018).

Es así como, en el apartado anterior, se puede determinar, una limitación a la figura del prepensionado. Esto vulnera los derechos de los individuos vinculados por esta modalidad de empleo público; la referida providencia, determina que los cargos de libre nombramiento y remoción, no son acreedores de la protección del fuero de prepensionados, incluyendo la del prepensionado, desconociendo derechos como la igualdad, toda vez que, sin importar la reglas sustanciales de su contratación, hemos visto a lo largo de este documento y de la jurisprudencia, que la estabilidad laboral reforzada busca proteger derechos fundamentales, como la seguridad social, la vida, el mínimo vital, la salud, entre otros; en el caso que nos atañe, adicional a los derechos en mención, protege la expectativa legítima de los individuos que se encuentran próximos a pensiónarse, por ello, no resulta lógico, limitar la protección que da esta calidad a los empleados con permanencia definida en el cargo.

La Corte entra, de igual manera a analizar, el segundo problema jurídico, el cual se centra en sí una vez cumplidas las semanas mínimas para conseguir la pensión de vejez, la protección de estabilidad laboral reforzada se pierde:

“La sala plena con el fin de hacer unificación de jurisprudencia, afirma que el requisito de la edad cuando se cuente con las semanas mínimas de cotización, no es considerado para acceder a la protección de prepensionado, toda vez que el mismo se puede cumplir de manera posterior y sin vínculo laboral,” (Sentencia SU-003 de 2018).

Conforme a lo anterior, la precisión de la Corte sobre dicho problema jurídico, la podemos retomar en que, además de ser erróneo, resulta limitante, en el sentido de que la obligación de la edad pueda ser cumplida con o sin vinculación, pues adicional a proteger la expectativa legítima de las personas, el propósito es proteger el mínimo vital, ya que resulta ilógico, pretender que una persona tendrá las mismas calidades de vida con o sin vinculación.

## **Consejo de Estado, Sentencia 2019-01744 de 2019**

La providencia centra su análisis, en la desvinculación de una empleada pública, quien fungía como inspectora de trabajo en provisionalidad, fue reemplazada por la persona que superó el concurso de méritos para dicho cargo, sin embargo, alega contar con la calidad de prepensionada, por ende, su desvinculación no debe realizarse hasta que no sea incluida en la nómina de la entidad pensional. Inicia el Consejo de Estado, con la revisión de la procedencia de la tutela para proteger personas prontas a pensionarse, es ahí donde realiza la siguiente extensión a la salvaguarda de los prepensionados, en concordancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

El retén social, es solo un mecanismo que protege los derechos fundamentales de las personas próximas a pensionarse en la renovación administrativa. El cimiento de la protección del prepensionado está basado en preceptos constitucionales adaptados a cualquier forma de retiro del cargo de cualquier servidor público. (Consejo de Estado, Sentencia 2019-01744, 2019).

Como se manifestó, la postura del máximo Tribunal Administrativo, referente a la estabilidad laboral reforzada, es pacífica con la de la Corte Constitucional, toda vez que se considera, que esta no se puede limitar al retén social, por el contrario, tal figura solo es un mecanismo para la salvaguarda de los derechos primordiales y la estabilidad laboral reforzada de grupos con especial protección como lo son los prepensionados. Por consiguiente, al manifestar la misma postura el órgano de cierre en los conflictos administrativos, genera un avance

a esta figura, ya que es muy común escuchar el término “choque de trenes”, lo que propicia varias posturas y afecta el derecho a la igualdad, respecto a la igualdad entre trabajadores públicos que acuden a lo contencioso administrativo y trabajadores públicos y privados que acuden a la jurisdicción ordinaria.

## **Consejo de Estado, Sentencia 2016-05246 de 2020**

En la precitada providencia, se discute la aplicación del fuero de estabilidad laboral reforzada a prepensionada en empleo de libre nombramiento y remoción. Es claro que algunas sentencias y pronunciamientos doctrinales, han determinado que aplicar estabilidad laboral a dichos empleados públicos, va en contravía a la naturaleza de dichos cargos, sin embargo, el Consejo de Estado realiza las siguientes apreciaciones:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los prepensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “prepensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto prepensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al

mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados, tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual, la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión (p. 11). (Consejo de Estado, Sentencia 2016-05246 de 2020).

En la sentencia analizada, se evidencia que, para el Consejo de Estado, específicamente en el retén social, puede existir aplicación del fuero de estabilidad laboral reforzada a los prepensionados empleados de libre nombramiento y remoción, un punto que se debe determinar para generar una protección más sólida a este grupo de trabajadores.

## Sentencia T-055 de 2020

Este caso, se centra en el despido de dos trabajadores, vinculados en la modalidad de contrato obra labor; en el primer caso, el juzgado de primera instancia, protegió los derechos del accionante, considerando que el mismo contaba con la calidad de prepensionado, en segunda instancia fue confirmado el fallo, llegando a la misma conclusión; en el segundo caso, el juzgado en primera instancia, al igual que el primer caso de análisis, accedió a salvaguardar los derechos del accionante, al determinar que era acreedor a la permanencia laboral reforzada, empero, en segunda instancia el *ad quem*, decide revocar la decisión, toda vez que el actor no acredita un perjuicio irremediable para acceder a la acción de tutela.

En tal virtud, la Corte Constitucional, entra a determinar si existe vulneración de los derechos de los actores, los cuales alegan contar con la calidad de prepensionados, por ello debe revisarse el alcance de esta figura en los contratos de obra labor.

“La estabilidad laboral reforzada para el trabajador, poder mantener su vínculo laboral, mientras no haya razones que hagan posible su inoperancia. La figura ha sido aplicada con el fin de proteger otros derechos fundamentales” (Sentencia T-055 de 2020).

Recordando la importancia de la estabilidad laboral, ésta se centra en la posibilidad de que el trabajador, pueda desarrollar sus funciones con una retribución monetaria que permita satisfacer sus necesidades tanto básicas como a las

que accede en su autónomo desarrollo de la libre personalidad, cumpliendo a cabalidad la garantía al trabajo, a la seguridad social integral, al mínimo vital cualitativo y a la dignidad humana.

La permanencia laboral reforzada, como con acierto se expresa en la providencia en mención, busca proteger sectores que por su situación, estén en un estado de debilidad que, si se produce su desvinculación, puede afectar tangencialmente sus derechos fundamentales, tales como los actores sindicales, las mujeres en estado de gestación, los individuos discapacitados, las madres cabeza de hogar y los prepensionados.

“La protección de estabilidad laboral reforzada para los prepensionados son beneficiarios los servidores públicos retirados de su cargo por motivos distintos a los contemplados en el artículo 12 de la ley 790 de 2002 o en el evento que sea un trabajador del sector privado”. (Sentencia T-055 de 2020).

A pesar de los avances jurisprudenciales obtenidos, para esta institución jurídica, producto de la sentencia *SU-003 de 2018*, se crearon varias limitaciones a esta figura, que la Corte en providencia *T-055 de 2020*, que es objeto de análisis, desarrolla en la siguiente tabla:

Situación del individuo	Calidad de prepensionado
a) Se encuentra a tres años o menos de ejecutar el tiempo cotizado y los años requeridos.	Sí
b) Se encuentra a tres años o menos de cumplir los años requeridos, pero ya cuenta con el tiempo mínimo solicitado.	No
c) Se encuentra a tres años o menos de cumplir el tiempo solicitado, pero ya cuenta con el tiempo requerido.	Sí
d) Se encuentra a tres años o menos de cumplir el tiempo solicitado, pero a más de tres de cumplir las semanas.	No

**Tabla 1:** Sentencia T-055 de 2020.

En la precedente tabla, se evidencian las condiciones para acceder a la permanencia laboral reforzada, generando limitaciones en el ejercicio de esta figura, empero, la siguiente providencia, desarrolló un poco más la aplicación de la misma en el RAIS, de la siguiente manera:

“El supremo Tribunal Constitucional, manifestó que las personas afiliadas al RAIS, también son beneficiarios del fuero de prepensionado, definiendo qué son beneficiarios los que estén a tres años o menos de lograr el monto mínimo para acceder a la pensión de vejez o en caso dado quienes estén a 3 años o menos de acceder a las semanas exigidas para acceder a la pensión mínima.” (Sentencia T-055 de 2020).

De igual forma, en la misma providencia adiciona:

El tutelante allegó un reporte de los fondos de su cuenta, en donde se indica que su cuenta asciende a \$41.268.588. Cantidad que, por lo estudiado por esta corporación, puede entenderse escaso para acceder a la pensión de vejez establecida en la ley, en un lapso inferior a tres años.

Las personas que no pueden acceder a la pensión de vejez por su capital acumulado, pueden acceder a la pensión mínima. (Sentencia T-055 de 2020).

A manera de síntesis interpretativa, podemos afirmar que, para los individuos afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), se hace un poco compleja la aplicación de la figura del prepensionado, pues como lo expresa la Corte, sus requisitos son sustancialmente diferentes. La Corte acierta en que, dicha determinación podrá hacerse desde la perspectiva del capital, calculando si dentro de los 3 años siguientes logrará adquirir el capital suficiente para el retiro. De igual forma, el análisis debe hacerse sobre el acceso a la salvaguarda de pensión mínima, es cierto que, un porcentaje de afiliados, no completa el capital suficiente para el retiro, por lo que el examen debe hacerse en consonancia con los parámetros que establece la Corte en la mentada providencia.

Podemos considerar lo anterior, como un evidente avance, no obstante, la sentencia SU-003 de 2018, desarrolló de manera superficial la aplicación de la figura del prepensionado en el RAIS. Esta providencia desarrolló de una manera eficaz, las reglas para aplicar la estabilidad laboral reforzada, en dicho régimen, fijó parámetros sólidos que permiten determinar los puntos de partida para calcular los tres años requeridos para acceder a la pensión.

Referente a la aplicación de la permanencia laboral reforzada, para los prepensionados, indica lo siguiente:

(...) Para determinar si una persona es acreedora al fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionado, cuando su vinculación es mediante

contrato de obra labor, el juez debe determinar si cumple con los requisitos para dicha protección y si la labor aún sigue vigente o su desvinculación se dio por la finalización de la misma. (Sentencia T-055 de 2020).

La Corte estima, que se puede aplicar la estabilidad laboral cuando la causa de su desvinculación, no sea la objetiva de este contrato, es decir, la finalización de la obra para la cual fue vinculado, pues, si bien es cierto que, la naturaleza contractual de este vínculo, se refiere a una labor determinada, cuando termine no habrá razón ni posibilidad de mantener. Como lo menciona la Sentencia T-055/20 “Ante esta condición, el reintegro ordenado por un juez, significa en menor o mayor grado, una afectación para el accionado” (2020).

De esta manera, aunque resulte polémica la decisión de la Corte, es acertada, en virtud de la igualdad y de la protección a ambas partes contractuales y, aplicando el principio del derecho que “*nadie será obligado a lo imposible*”, el juez evaluará si es procedente el reintegro del trabajador, sin generar traumatismos a la empresa, como lo establece la Corte.

Por último, esta sentencia trae avances considerables, como es la evolución de la extensión de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados al RAIS, teniendo claro que los requisitos de éste, son diferentes. Asimismo, establece reglas para la aplicación de la figura en contratos de obra labor y da una solución acertada. Sin embargo, podemos reprocharle mantener la línea de su anterior providencia la SU-003 de 2018, referente a que la edad es un requisito que se puede cumplir con o sin vinculación, siendo esta la limitación más grande encontrada hasta el momento.

## **Procedencia de la incógnita sobre limitaciones a la figura del prepensionado**

Conforme al análisis hecho, se logra evidenciar que, al partir de la incógnita de las limitaciones de la figura del prepensionado en la jurisprudencia, se han realizado significativos avances; desde su nacimiento en el mecanismo del retén social, hasta ser considerada acreedora de estabilidad laboral reforzada, la incógnita nace acertadamente desde la limitación contemplada en la providencia SU-003 de 2018, no obstante, esto nos permitió desmentir factores de la hipótesis, tales como: la extensión de dicha estabilidad laboral al sector privado, la dio la mentada providencia, se evidenció que las limitaciones fueron mínimas, en comparación con los avances que ha presentado la figura del prepensio-

nado, la jurisprudencia más que una limitación a la figura, ha tenido avances considerables, sin embargo, hay limitaciones que al igual que los avances, se desarrollarán en el capítulo siguiente.

## **Avances y retos de la figura del prepensionado en la jurisprudencia**

Como se logró evidenciar a largo del trabajo, la figura del prepensionado, ha contado con varios avances, que han permitido una protección del prepensionado más amplia, como lo es una expansión de su génesis en el retén social, establecido en la Ley 790 de 2002, donde su aplicación era solo a empleados públicos, pero con todo, evolucionó llegando a que los prepensionados fueran protegidos con una estabilidad laboral reforzada en cualquier tipo de desvinculación de trabajadores, no solo cuando las entidades públicas entren en liquidación, sino ampliando su protección a cuando no exista una causal objetiva para su desvinculación tanto en el sector privado como en el público. Dentro del desarrollo jurisprudencial, encontramos avances como, su protección constitucional por medio de la acción de tutela en casos excepcionales; aunque la intervención de la jurisprudencia, específicamente la constitucional, fue superficial, no se puede pasar por alto que la figura del prepensionado en el RAIS, obtuvo un gran aporte al determinar los factores en la protección de trabajadores que su retiro esté dispuesto por la garantía de pensión mínima, terminando así en la adaptación de la figura de estabilidad laboral reforzada en contratos obra labor, al contar con la claridad de los parámetros dados por dicha Corporación.

El Estado, según los tratados internacionales, debe proteger al anciano o persona de avanzada edad, así, una persona que cuenta con la calidad de prepensionado, está dentro de los parámetros para ser catalogado como individuo de la tercera edad, por lo que son de importante protección y observancia. Sin embargo, dentro del análisis jurisprudencial, no solo se encontraron limitaciones a la figura del prepensionado, se podría afirmar que fueron más los avances que han traído las providencias de la Corte Constitucional hacia la estabilidad laboral reforzada, como los anteriormente descritos.

Partiendo del análisis realizado en el capítulo anterior, encontramos dos grandes limitaciones a la figura del prepensionado: una, la limitación al acceso de la figura de los empleados de libre nombramiento y remoción y, dos, las limi-



taciones a la figura, al pensar que la exigencia de la edad será un requisito que se puede cumplir con o sin contrato laboral, cabe aclarar que, las limitaciones descritas se encuentran en la sentencia SU-003 de 2018. Dichas limitaciones, afectan principios como la progresividad en derechos laborales, derechos fundamentales, la expectativa legítima, como el mínimo vital, la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, entre otros. Respecto a la progresividad en derechos laborales, la Corte Constitucional ha determinado que se entiende en el siguiente sentido:

La progresividad involucra la desaprobación a disminuir las garantías reconocidas en esta cuestión, es decir, no puede haber regresividad en lo atinente a los derechos reconocidos y a las remuneraciones otorgadas por el Estado, como quiera una actuación así se pensaría como no ceñida a la Constitución Política, toda vez es al Estado a quien le corresponde realizar coberturas más allá de lo solicitado que alarguen a la indagación de la universalidad en los compendios mínimos de los referidos derechos prestacionales (Sentencia T-638 de 2016).

De igual forma, la providencia de la Corte la sentencia C-228 de 2011, referente a la progresividad expresa lo siguiente:

El reconocimiento de cada uno de los derechos y que llega a cierto nivel de protección no puede descender o regresar en su protección, todo esto con base al ordenamiento de progresividad de los DESC<sup>3</sup> no es un impedimento para que el Estado de cabal cumplimiento de la obligación de proteger estos derechos (Sentencia T-638 de 2016).

La progresividad se puede entender, bajo las definiciones que da la Corte, como la imposibilidad de disminuir el nivel alcanzado en ciertos derechos; analizándolo desde la perspectiva del caso que nos atañe, se puede determinar que, la progresividad es esa imposibilidad de disminuir derechos y protecciones ya reconocidas. Es diáfano, que esta determinación no puede entenderse como absoluta, sin embargo, dentro de las limitaciones planteadas, podemos determinar que, existe una regresividad en derechos, en tanto, desde el nacimiento de la protección del prepensionado en el retén social, no existían límites entre tipos de empleados públicos, ni distinción entre qué requisito se podía cumplir con o sin vinculación laboral. Por lo dilucidado, debe desarrollarse la figura a partir de los contextos de cada sector, no obstante, en ningún momento pueden

---

<sup>3</sup> Derechos Económicos Sociales y Culturales.

desconocerse derechos fundamentales o la igualdad entre trabajadores, si bien es cierto, los empleados de libre nombramiento y remoción, están sujetos a la potestad del empleador, cuando uno de ellos tiene una condición especial que lo convierte en población vulnerable, el Estado debe intervenir con el fin de evitar trasgresiones a derechos como la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho al trabajo, a la seguridad social, entre otros.

Dicha limitación, afecta la esperanza legítima de los individuos que deseen alcanzar la pensión de vejez, esta afectación está marcada en la desprotección a los empleados de libre nombramiento y desvinculación, sin tener presente la calidad de prepensionado, frustra la expectativa de adquirir su retiro digno, imposibilitando realizar las cotizaciones correspondientes a los períodos faltantes para poder alcanzar la pensión de vejez.

Referente al derecho a la igualdad, existe vulneración en la limitación al acceso a esta figura de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, conforme a lo señalado en el artículo 13 de la Constitución Política “El Estado garantizará las situaciones para que la igualdad sea segura y existente y concretará medidas en apoyo de grupos minimizados o marginados” (art, 13, Carta Política, citada en Sentencia T-638 de 2016). Por ende, el Estado debe evitar tratos discriminatorios, de igual forma la protección a personas en un estado de vulnerabilidad, porque como se ha manifestado, no resulta lógico hacer una distinción entre los prepensionados con vinculación por libre nombramiento y remoción y los prepensionados vinculados de otra forma.

Referente a la edad como requisito que no constituye un factor para clasificar a una persona como prepensionado, existe una afectación y trasgresión de derechos, toda vez que conforme a los postulados de la jurisprudencia, esta protección se centra en el acceso a la pensión de vejez, por lo que en un primer plano, se podría afirmar, que es acertada la teoría de la Corte, acorde a la cual, la persona que cumple el requisito de la semanas, tendría garantizada la pensión de vejez, pero, se pasa por alto, que esta protección también tiene sus bases en la garantía al mínimo vital, a la dignidad humana y al trabajo de una población vulnerable como lo son los ancianos; los Prepensionados, al ser en su mayoría o en su totalidad, personas de la tercera edad, requieren de garantías que refuercen su estabilidad laboral, toda vez, que el mercado laboral en un país como Colombia, es demasiado agresivo, las tasas de desempleo son bastantes altas; por lo que lleva a determinar, que si la edad no es un factor para catalogar a un trabajador como prepensionado, se expone a un despido subjetivo por parte del empleador.

## ¿Cómo afrontar los retos y fortalecer los avances en la estabilidad laboral reforzada del prepensionado?

La no aplicación del fuero de prepensionados a empleados de libre nombramiento y remoción, se considera una vulneración a los derechos de los mismos, pues considerar que la edad es un requisito que se puede cumplir sin vinculación laboral, es otra flagrante vulneración, y por último, el vacío que existe en la aplicación al RAIS, cuando su requisito esencial es la obtención de un capital.

Dentro de los avances a dicha figura, encontramos su ampliación al sector privado, su protección excepcional mediante la acción de tutela y la prohibición al empleador de desvincular al trabajador o empleado público hasta que no esté dentro de la nómina pensional; tales factores deben protegerse, de tal manera que, para subsanar los retos o limitaciones y afianzar los avances de la figura, se proponen como solución en este trabajo investigativo, parámetros para una eventual regulación normativa, en la que se establezcan los siguientes:

Restrepo Ortega, A., & Montaña Cuero, M. A. (2022), señaló conforme a los derroteros de la sentencia T-342 del 2021, la protección de los prepensionados cuando no sea posible su reubicación de la siguiente manera:

Así las cosas, la reubicación en un cargo igual, similar o de mejores condiciones, pero en el evento en que no pueda ser posible, puesto que no haya una plaza vacante, se ordenará únicamente la vinculación al Sistema de Seguridad Social, desprotegiéndose así el mínimo vital y móvil, tal como se vio reflejado en sentencia T- 342 del 2021, en la que se conoció de la acción de tutela interpuesta por Diana Karina Córdoba Cifuentes, también persona de especial protección, como lo es el prepensionado, siendo ésta, una profesora que sufrió un accidente de trabajo, vinculada en provisionalidad, quien ante su desvinculación, interpuso acción de tutela contra el municipio de Fusagasugá, y al haber comprobado mediante elementos probatorios, el menoscabo a su salud y a su mínimo vital, la Corte ordena su reintegro y en caso de no existir vacantes (págs. 21 y 22), es decir, de no ser posible su reubicación y se demuestre su afectación al mínimo vital, a la dignidad humana y a la expectativa legítima de acceder a la pensión de vejez, se pueden mantener sus cotizaciones a seguridad social, con el fin de no vulnerar sus derechos.

Referente al fuero de prepensionados en RAIS, el legislador adquiere un reto mayor, toda vez que como lo manifiesta Silva Rodríguez, J. A., &

Muñoz Carrasquilla, I. R. (2022), la fluctuación del mercado y el cambio de la expectativa de vida, hacen que el cálculo resulte más complejo, sin embargo, ha de aplicarse una regulación clara sobre el tema, toda vez que el empleador debe tener conocimientos claros para aplicar dicho fuero; si bien es cierto, desde la perspectiva regulatoria, exigimos al empleador respetar los derechos del prepensionado, pasamos por alto que el mismo, no tiene elementos normativos suficientes para determinar los requisitos para los afiliados al RAIS, que les permitan acceder a la pensión de vejez, como lo es el capital, toda vez que a la fecha, una persona puede estar a 2 años de pensionarse y en un año ese tiempo puede variar.

Por ello, el legislador deberá determinar factores que le permitan al empleador, calcular si una persona está a tres años de cumplir con el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez.

Referente a la afirmación de la Corte Constitucional, a cerca de que el requisito de la edad se pueda cumplir sin vinculación laboral, es una vulneración a derechos fundamentales de la población vulnerable, como lo son, los adultos mayores, ya que el fuero de Prepensionados, no solo protege su derecho pensional, sino que adicionalmente, constituye una garantía al mínimo vital de personas que por su edad, sus oportunidades son demasiado limitadas al momento de vincularse a la fuerza laboral, así lo manifestó, Pérez Otero, O. M. (2021), citando a (Fundación Adecco, 2017):

En cuanto al desempleo a partir de los 55, las oportunidades laborales se tornan casi nulas, según la fundación Adecco, “7 de cada 10 empleados mayores de 55 años cree que no podrá volver a trabajar nunca”. Agréguese que, el 90% de las personas que no consiguen empleo, endilgan el no poder emplearse, al factor edad, lo que por supuesto afecta su ingreso económico y su estado mental, sumado a que las indemnizaciones dadas por sus empleadores, no son lo suficiente para mantener sus gastos mínimos de cotización al sistema de seguridad social ni para cubrir el mínimo vital, obligando así a estas personas, a buscar un trabajo para suplir su derecho al mínimo vital y contar con cobertura en el SGSS.

Es evidente, que los trabajadores de avanzada edad, no cuentan con capacidad para su manutención, por lo que requieren de una pensión de vejez, con el fin de que su retiro sea digno, sin embargo, cuando una persona adquiere las semanas suficientes para acceder a dicha mesada de retiro, ello no significa,

que la persona cuente con recursos suficientes para poder solventar el tiempo de él y su familia, mientras es incluido en la nómina pensional, así, dentro de los parámetros que se proponen para un eventual y efectivo proyecto legislativo como solución a la problemática planteada, debe tenerse en cuenta la edad, como factor para ser un trabajador aforado por estabilidad laboral reforzada, de igual forma, el legislador debe extender su aplicación a empleados de libre nombramiento y remoción, establecer parámetros para la determinación del fuero de estabilidad laboral reforzada en el RAIS, cuando su requisito sea el capital, y también fortalecer los avances generados.

La importancia de esta regulación, generaría parámetros objetivos y generales, con el objetivo de que el fuero de Prepensionados, no tenga interpretaciones erróneas por parte de los trabajadores, empleadores y jueces, y a su turno, ofrecer herramientas claras para que los empleadores puedan establecer inequívocamente, si un trabajador se encuentra o no en dicha protección.

## Conclusiones

- La figura del prepensionado, ha tenido sus cambios más importantes a través de la jurisprudencia, aunque su nacimiento fue normativo y su desarrollo se debió a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.
- La figura del prepensionado, ha tenido grandes avances jurisprudenciales, tales como, la protección al sector privado, su desarrollo como concepto protector de derechos fundamentales. Sin embargo, aún tiene grandes falencias, como lo es su aplicación al Régimen de Ahorro Individual y su desprotección a las personas que ya cumplieron las semanas de cotización.
- A pesar de que se han generado avances fundamentales, las limitaciones que ha traído la jurisprudencia, vulneran de manera exponencial los derechos primordiales de los individuos, tales como el mínimo vital, la expectativa legítima, la igualdad, el trabajo, entre otros.
- La sentencia SU-003 de 2018, es la única providencia que analiza las limitaciones a la figura del prepensionado, las cuales afectan derechos al mínimo vital, a la igualdad y la expectativa legítima, al considerar que los empleados públicos bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, no son acreedores a la figura de la estabilidad laboral reforzada de prepensionado; de igual forma, genera limitantes al momento de determinar que el requisito de la edad se puede cumplir, con o sin vinculación laboral.

- Los prepensionados, por su edad y por su expectativa pensional, se convierten en una población de especial protección, que cuenta con amparo excepcional mediante la acción de tutela.
- Debe diferenciarse entre el retén social y la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, ya que esta última figura, solo es un mecanismo de protección al grupo de personas prontas a pensionarse.
- Frente al retén social, debe garantizarse que las personas con calidad de prepensionados, estén vinculadas a la fuerza laboral, hasta tanto el fondo de pensiones (público o privado), lo circunscriba en la nómina de pensionados, garantía que quedará a cargo de las administradoras de los patrimonios autónomos de las entidades liquidadas.
- Los prepensionados han tenido un gran desarrollo jurisprudencial, desde su nacimiento en la *Ley 790 de 2002*, en la cual se inició con el concepto, sin embargo, fueron los pronunciamientos de las Cortes, los que le dieron bases y forma al fuero de estabilidad laboral reforzada a los prepensionados, su protección constitucional, sus requisitos y su campo de aplicación.
- Los retos más grandes que tiene dicha figura son: el único requisito para ser acreedor a la estabilidad laboral reforzada debe ser el cumplimiento de las semanas de cotización, pues se viene generando una desprotección de los derechos laborales de las personas que están prontas a cumplir la edad requerida para la pensión de vejez; otro de los retos que contiene la figura, es lograr una completa reglamentación para su aplicación a personas afiliadas a los regímenes de ahorro individual, toda vez que están sujetas al cumplimiento de un capital específico, lo cual genera un vacío referente a la contabilización de los 3 años para cumplir los requisitos que les facilite acceder a la pensión de vejez; por último, la aplicación de este fuero a empleados públicos de libre nombramiento y remoción, para que no continúe la afectación al derecho a la igualdad, pues el eliminar el fuero para aquellos empleados, genera una afectación directa a la expectativa legítima.
- Por último, la pregunta problema, de manera breve se puede responder de la siguiente manera: la jurisprudencia ha traído avances a la figura de prepensionado, tales como: su definición, su creación como fuero de estabilidad laboral reforzada, su aplicación al sector privado y su amparo constitucional de manera excepcional; por otro lado, trajo limitaciones, y cuya superación, se planteó como retos mencionados en el acápite anterior.

## Referencias

Antolínez Niño, P. A., & Galvis Tarazona, O. E. 2019. Derechos de los prepensionados frente a los concursos de méritos: la estabilidad reforzada de prepensionados en cargos de provisionalidad.

<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19054>.

Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1984. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Organización de Naciones Unidas [Sitio Web]. 23 de junio de 2022: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Ballesteros Cadena, C. I. 2014. Protección especial para prepensionados de entidades liquidadas en vigencia de la Constitución Política de 1991 (Doctoral dissertation, Bogotá-Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Maestría en Derecho).

<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/52196>.

Cabrera Erazo, A. C., & Urrea Ramírez, D. F. 2023. Las garantías jurisprudenciales que ha definido la Corte Constitucional y Consejo de Estado frente a la estabilidad laboral reforzada en empleados públicos prepensionados en cargos de provisionalidad y los estándares fijados por la OIT.10-11

<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/23936>.

Congreso de la República de Colombia. 20 de diciembre de 1946. *Por la cual se reforma y adiciona la Ley 6 de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=269>

Congreso de la República de Colombia. 1991. Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional 116, Diario Oficial 52052. <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>

Congreso de la República de Colombia. 27 de diciembre de 2002. *Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República*. Diario Oficial 45.046 (Última actualización: Diario Oficial 52035 del 15 de mayo de 2022). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0790\\_2002.html#12](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0790_2002.html#12)

Consejo de Estado. 2019. Sentencia 01744. (CP Gabriel Valbuena Hernández) Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=100635#:~:text=ESTABILIDAD%20LABORAL%20REFORZADA&text=La%20protección%20constitucional%20que%20pretende,etapas%20del%20proceso%20de%20selección>

Consejo de Estado. 2020. Sentencia 05246. CP William Hernández Gómez. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165174>.

Corte Constitucional. 1997. Sentencia C-147/97. MP Antonio Barrera Carbone-ll. [Relatoría]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-147-97.htm>

Corte Constitucional. 1997. Sentencia C-470/97. MP Alejandro Martínez Caballero. [Relatoría] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>

Corte Constitucional. 2009. Sentencia T-184/09. MP Juan Carlos Henao Pérez. [Relatoría]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-184-09.htm>

Corte Constitucional. 2012. Sentencia SU-897/12. MP Alexei Julio Estrada. [Relatoría]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm>

Corte Constitucional. 2014. Sentencia T-326/14. MP María Victoria Calle Correa. [Relatoría] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-326-14.htm>

Corte Constitucional. 2014. Sentencia T-824/14. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. [Relatoría] <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-824-14.htm>

Corte Constitucional. 2016. Sentencia T-97/16. MP Alejandro Linares Cantillo. [Relatoría]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-595-16.htm>

Corte Constitucional. 2016. Sentencia T-357/16. MP Jorge Iván Palacio Palacio. [Relatoría] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-357-16.htm>

Corte Constitucional. 2016. Sentencia T-638/16. MP Jorge Iván Palacio Palacio. [Relatoría]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-638-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. 2018. Sentencia SU-003/18. MP Carlos Bernal Pulido <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>

Corte Constitucional. 2020. Sentencia T-055/20. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-055-20.htm>

Corte Suprema de Justicia. 2017. STP 7957- 88634-2017. MP Eyder Patiño Cabrera. [www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/tutelas/B%2520AGO2017/FICHA%2520STP7957-2017.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co&client=opera-gx](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/tutelas/B%2520AGO2017/FICHA%2520STP7957-2017.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co&client=opera-gx)

Galeano-Romero, P. F. 2019. El fuero de estabilidad por prepensionado en el sector privado: ¿una extralimitación de la Corte Constitucional o la protección de un derecho fundamental? Reflexiones sobre su aplicación en Colombia.

<https://hdl.handle.net/10983/22986>.



Goyes Moreno, I e Hidalgo Oviedo, M. 2012. ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia? *Entramado* 8(2). 168 – 183. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3435>

Grajales Silva, J. F., & Rentería Gallo, E. A. 2021. Análisis jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados del sector público en calidad de libre nombramiento y remoción.

<http://hdl.handle.net/20.500.12494/35845>.

Lozano, I. M. F. 2012. Historia de la seguridad social en Colombia. *Revista Cultural Unilibre* 2, 16-20.

[https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista\\_cultural/article/view/4007/3373](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4007/3373).

Mejía Cortes, B. E. 2019. Viabilidad excepcional de La acción de Tutela para el reintegro de un empleado prepensionado en el sector privado.

<http://hdl.handle.net/20.500.12494/20097>.

Ortega Revelo, L. 2011. *El salario mínimo vital y móvil frente la dignidad humana*. Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos [tesis de Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad de Nariño]. Sistema Institucional de Recursos Digitales – SIREN. Universidad de Nariño. <http://sired.udenar.edu.co/3995/>

Pérez Otero, O. M. Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador-empleado prepensionado.

<https://repository.unad.edu.co/handle/10596/47696>.

Posada Ramírez, C. 2020. Limitaciones al reconocimiento del fuero de prepensionados del sector privado pertenecientes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) (Bachelor's thesis, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas).

<http://hdl.handle.net/20.500.11912/7855>.

Presidencia de la República de Colombia. 28 de agosto de 1945. *Por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general*. Diario Oficial No. 25933. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1404058>

Restrepo Ortega, A., & Montaña Cuero, M. A. 2022. ¿Se vulnera el principio constitucional al mínimo vital y móvil en la desvinculación del prepensionado en provisionalidad a raíz del concurso de méritos?

<https://hdl.handle.net/10901/24137>.

Robayo Cárdenas, M. A. 2017. Consecuencias de la implementación del fuero de prepensionados en el ámbito privado frente al régimen de prima media con prestación definida.

<http://hdl.handle.net/1992/53265>.

Silva Rodríguez, J. A., & Muñoz Carrasquilla, I. R. Estabilidad laboral reforzada de prepensionados afiliados al régimen de ahorro individual en Colombia.

<http://hdl.handle.net/10554/62506>.

Taruffo, M. 2007. Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*. 86-99. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>.

# 6

## Requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado<sup>1</sup>

“un Choque de Trenes en  
el Escenario Judicial Colombiano”

*Claudia Milena Ciprián Carvajal<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Trabajo de fin de *máster* en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante.

<sup>2</sup> *Magister* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional; *máster* en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante; docente de la Universidad Libre y nacional.



## Introducción

El Sistema General de Pensiones colombiano, cubre los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993, norma que establece los requisitos de causación para el reconocimiento de cada una de las prestaciones. En este trabajo, me centraré en el riesgo por muerte y el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en lo que respecta a los beneficiarios contemplados en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, específicamente, frente al requisito de convivencia exigido para cónyuge y compañero/a permanente.

Para poner en contexto el tema de estudio, debo indicar, que la pensión de sobrevivientes está reglada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma que establece los requisitos para acceder a la prestación, distinguiendo dos situaciones; la primera, para el grupo de los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez, quienes únicamente deben acreditar la calidad de beneficiarios; la segunda, por muerte del afiliado, se exige que el asegurado hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

Los anteriores requisitos, se exigen para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, verificado el cumplimiento de estos, se procede al estudio de la calidad de los beneficiarios, que como ya se indicó, el presente trabajo se centrará en los beneficiarios contemplados en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que de manera textual los determina así;

*“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte”.*

De dicha norma, en sede judicial, encontramos dos interpretaciones, una hecha por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y la otra por la Corte Constitucional, interpretaciones que resultan contradictorias, en cuanto al requisito de convivencia exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues la Corte Constitucional considera, que el referido requisito de convivencia, debe ser cumplido en los casos por muerte de afiliados y pensionados; mientras que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estima que dicho requisito, solo debe ser cumplido por el cónyuge, la compañera o compañero permanente del pensionado fallecido, y no, en los casos por muerte del afiliado.

La divergencia interpretativa, afecta radicalmente la aplicación de la norma, pues de acogerse la interpretación otorgada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, por muerte del afiliado, los beneficiarios podrán acceder a la prestación sin el cumplimiento de los 5 años de convivencia; mientras que, de acogerse la interpretación de la Corte Constitucional, tendrían que cumplir con el requisito mínimo de convivencia establecido en la norma. Proceder que muestra una falta de coherencia en nuestro sistema jurídico, el cual debe ser solucionado para obtener uniformidad interpretativa, en procura de garantizar la seguridad jurídica, en consonancia con los valores y principios que orientan el derecho nacional.

La referida divergencia interpretativa, se encuentra en la sentencia SL 5270 de 2021, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, jurisprudencia que presenta un choque de trenes judiciales, fenómeno que según Silva<sup>1</sup>, se presenta en tres eventos; el primero, cuando existen varias jurisdicciones encargadas de interpretar y aplicar en su decisión, los mismos textos normativos; segundo, cuando no existe subordinación entre las diferentes jurisdicciones encargadas de interpretar de manera definitiva los mismos textos normativos y; tercero, cuando las decisiones adoptadas por las diferentes jurisdicciones, son disímiles, sin que ellas tengan que ser absolutamente opuestas.

En la citada decisión, se presentan dos interpretaciones contradictorias, proferidas por dos Corporaciones que en el ámbito de su competencia, tienen la facultad de interpretar y aplicar los mismos textos normativos, sin que, entre ellas exista subordinación funcional. Esta divergencia, debe ser estudiada conforme a las concepciones, formal, material y pragmática del profesor Manuel Atienza.

---

<sup>1</sup> Silva; 2021, p. 217.

El estudio de los argumentos contenidos en la sentencia SL 5270 de 2021, nos permitirán resolver el problema jurídico, que se centra en determinar, cuál de las dos interpretaciones del requisito de convivencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se ajusta en mejor forma al sistema de reglas, valores y principios que gobiernan el ordenamiento jurídico colombiano en la seguridad social, y así, definir su validez material y la justificación de su aplicación hacia el futuro.

Para lograr dicha finalidad, primero analizaré y evaluaré las argumentaciones contenidas en la sentencia SL 5270 de 2021, conforme a las concepciones formal, material y pragmática; en segundo lugar, como propuesta de solución al problema, expondré cuál interpretación guarda mayor coherencia y consistencia con el sistema de principios y valores que gobiernan nuestro sistema jurídico y; finalmente, formularé las conclusiones frente a la sentencia objeto de estudio.

## **Análisis y evaluación de las argumentaciones**

En los términos indicados, procedo al análisis y evaluación de los argumentos utilizados en la sentencia SL 5270 de 2021, conforme a las concepciones formal, material y pragmática del profesor Manuel Atienza.

### **Concepción formal**

En el presente asunto, iniciaré con el estudio de la norma jurídica que regula la pensión de sobrevivientes, en particular las condiciones normativas en que el/la compañera (o) permanente y el/la cónyuge supérstite deben acreditar el requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes. Como lo explica Manuel Atienza<sup>2</sup>, ésta no arroja elementos de juicio acerca de las condiciones de veracidad, pero sí nos permite ubicar conceptualmente los principales elementos de sus reglas de aplicación, y así, situar el problema jurídico mediante el análisis lógico de coherencia y consistencia, a partir de la concepción material y pragmática de la argumentación jurídica de Atienza.

Al efecto, en el presente asunto, la norma interpretada por los dos altos tribunales es el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que estableció lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Atienza; 2022, pp. 171 a 186.

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Negrilla fuera del original.*

De dicha norma, la Corte Constitucional en la sentencia C – 336 de 2014, equiparó el cumplimiento del requisito de convivencia mínima en ambos casos, es decir, por muerte del afiliado, así como del pensionado, criterio que fue aplicado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hasta la sentencia SL 1730 – 2020, donde la Corte Suprema se apartó del criterio expuesto por la Corte Constitucional, al considerar que el requisito de convivencia exigido en la norma, no obliga al cumplimiento del tiempo de convivencia en el caso por muerte del afiliado, pues el condicionamiento de ese requisito es para los beneficiarios por muerte del pensionado.

La sentencia SL 1730 – 2020, dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, fue dejada sin efectos por la sentencia SU 149 de 2021, proferida por la Corte Constitucional, al considerar que con ella se abandonó en forma injustificada el criterio constitucional expuesto en la sentencia C – 336 de 2014, respecto a la exigencia del requisito de convivencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente por muerte del asegurado –afiliado, o del pensionado. No obstante, lo interesante de la sentencia SL 5270 de 2021, es que, a pesar de lo determinado en la SU 149 de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través del mismo magistrado ponente<sup>3</sup>, se apartó de los argumentos expresados por la Sala Plena de la Corte Constitucional, reiterando los argumentos expuestos en la sentencia SL 1730 – 2020.

Por lo anterior, se presentan dos interpretaciones; la expuesta por la Corte Constitucional, al considerar que el requisito de convivencia debe ser cumplido conforme a los principios de igualdad y de estabilidad financiera, y la manifestada por la Corte Suprema de Justicia, tras una interpretación literal y teleológica de la norma, manifestando que ésta, no fue concebida para que se cumpliera un rango de tiempo de convivencia por la muerte del

---

<sup>3</sup> Honorable Magistrado Jorge Luís Quiroz Alemán (QEPD).



afiliado, pues de manera clara y expresa, la norma determinó que ese requisito solo se exige por la muerte del pensionado; conclusión argumentativa sopor-tada en la finalidad de la norma.

Resaltó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la norma de manera expresa indicó: “*En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado*”; de dicha afirmación, quiere hacer notar que el condicionamiento del requisito de convivencia se exige solo para el caso por muerte del pensionado. Asimismo, recordó que la misma Corte Constitucional, en la sentencia C – 1094 de 2003, admitió la distinción entre afiliados y pensionados fallecidos, bajo el entendido de que solo respecto de los últimos, es que recae la aplicación de la norma, con la finalidad de evitar fraudes al sistema por convivencias irregulares alejadas de la finalidad de la prestación. Por lo tanto, no puede hacerse una interpretación extensiva para adicionársele un presupuesto no exigido por el Legislador.

En consecuencia, para la aplicación de ambas normas se tienen estos presupuestos normativos:

- (a) Debe demostrarse la condición de cónyuge o compañera (o) permanente.
- (b) Debe acreditarse el período de convivencia por espacio de 5 años, independiente de que se trate de muerte de afiliado y pensionado.
- (c) Debe acreditarse el período de convivencia por espacio de 5 años, solo cuando se trate de muerte de pensionado, no se exige por muerte del afiliado.

Concluye entonces la Corte Constitucional, que en forma obligatoria y necesaria, debe ser cumplido el requisito de convivencia:

a; b; entonces d.

Donde (d) representa el resultado del silogismo deductivo, que da lugar a la interpretación de la norma en forma amplia y sin distinción alguna, conforme lo determina la Corte Constitucional.

Por el contrario, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera, que el requisito de la convivencia solo es obligatorio para los beneficiarios contemplados en el literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en la Ley 797/03, en aquellos casos donde el fallecido es un pensionado por vejez o invalidez. De lo anterior, se tiene entonces que, la fórmula lógica de dicha regla corresponde a la siguiente:

a; c; entonces e.

Donde (e) representa la condición obligatoria y necesaria de la norma, sólo frente a la muerte de pensionado para acceder a la pensión de sobrevivientes, lo que quiere decir, que para el caso de muerte del afiliado, no hay lugar al cumplimiento del requisito de convivencia.

En los términos indicados, queda explicada la concepción formal de la norma, que si bien no analiza el concepto de veracidad de las proposiciones jurídicas, sí nos permite ubicar en forma clara la norma a aplicar, así como las interpretaciones contradictorias de la misma.

## Concepción material

De acuerdo con la profesora Rodenas<sup>4</sup>, para definir la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, debe demostrarse por parte del aplicador del derecho, que las reglas interpretativas se ajustan al sistema de principios que dotan de sentido al ordenamiento jurídico; en consecuencia, conforme lo define el profesor Atienza<sup>5</sup>, en esta concepción se procederá al estudio de las razones de los argumentos, es decir, el análisis de las premisas utilizadas para sustentar la aplicación de las interpretaciones judiciales; ello con la finalidad de determinar, cuál de ellas se ajusta en mejor forma al ordenamiento jurídico, haciéndose necesario el estudio de validez material de las mismas.

En este punto, el análisis se realizará conforme al razonamiento práctico, encaminado al campo de la justificación en sentido estricto, en el entendido de que las premisas son normas que involucran valores, por lo tanto, gozan de una dimensión objetiva, en el sentido de que el asunto no solo deriva de su existencia, sino de su validez jurídica material; es por ello, que los aplicadores del derecho están en la obligación de argumentar en debida forma, y conforme los valores que lo dotan de sentido.

Lo anterior resulta relevante, tal como lo sostiene la Profesora Lifante<sup>6</sup>, cuando se refiere al análisis de los argumentos y el estudio de su coherencia normativa, bajo el entendido, de que no solo el aspecto formal justifica el derecho, sino el compromiso con una serie de valores sustantivos que cumplen la función de generar previsibilidad, elemento valioso, que obliga a maximizar las espec-

---

<sup>4</sup> Rodenas, 2012, p. 43.

<sup>5</sup> Atienza, 2022, pp. 275 a 287.

<sup>6</sup> Lifante, 2018, pp. 224 – 225.

tativas fundadas a la luz de los principios y valores reconocidos por el propio derecho.

Con base en estos parámetros, el criterio de aplicación utilizado por la Corte Constitucional con relación al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, de vieja data, ha sostenido que el requisito de convivencia que aplica para muerte en caso de afiliado y pensionado, corresponde en igual forma, a un período de 5 años, criterio que tiene su justificación en la aplicación de los principios de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Sin embargo, desde el análisis literal de la norma, le asiste razón a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que, la norma sí establece una clasificación; en efecto, en su parte final, inicia señalando que en el caso de la muerte del pensionado, deben cumplirse los 5 años de convivencia; es decir, de su lectura se desprende, que la misma norma excluyó desde su redacción, la aplicación del requisito de convivencia en los casos en que el causante de la prestación es un afiliado; omisión que no corresponde a un error en la redacción de la norma, por el contrario, obedeció a la finalidad perseguida en la expedición de la misma.

Como lo resaltó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la redacción de la norma obedece a la finalidad contemplada para su creación, es decir, desde un análisis teleológico, logró demostrar que lo perseguido por el Legislador, consistió en la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece ante reclamaciones ilegítimas de personas que no tendrían derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, recordando la sentencia C – 1094 de 2003 de la Corte Constitucional, en la que el alto tribunal declaró la constitucionalidad del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, conforme al fundamento planteado por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, consideró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no se apartó injustificadamente del criterio constitucional; por el contrario, a partir de la interpretación literal y teleológica de la norma, la aplicación de los valores y principios que gobiernan la seguridad social, permiten justificar el hecho de haberse alejado del criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional.

Siguiendo tal línea, la argumentación planteada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ajusta a criterios válidos, por cuanto, acreditó que no surgen ambigüedades semánticas o sintácticas, pues de la lectura de la norma,

es claro que, el requisito de convivencia que debe cumplir el cónyuge o compañero (a) permanente, solo aplica en los casos por muerte del pensionado.

La norma es diáfana, al determinar el requisito de convivencia a los beneficiarios solo por muerte del pensionado fallecido, para ello partió de la distinción ya realizada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en el sentido de diferenciarlos en los requisitos de causación, puesto que, mientras el pensionado con su muerte, causa la prestación en forma directa, no sucede lo mismo con el asegurado, quien debe haber cotizado un total de 50 semanas en los últimos tres años anteriores al hecho de la muerte.

Dicha interpretación, atiende al principio de progresividad contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que da un rango más amplio de cobertura en el reconocimiento de la prestación por sobrevivientes, al excluir del cumplimiento del tiempo de convivencia al cónyuge y al compañero/a permanente en los casos por muerte del afiliado, acto que permite asegurar los principios que gobiernan dicha prestación y que se encuentran contemplados en la sentencia C – 1035 de 2008, que corresponden: “al principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante; a los principios de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados y; el principio material para la definición del beneficiario”.

Entonces, “los principios de estabilidad económica y social, de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, aseguran la seguridad social y económica con que contaban los beneficiarios en vida del pensionado fallecido, es decir, prevé que las personas que dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades; de igual manera, busca impedir que sobreviniera la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales”.

Dicho lo anterior, “el factor determinante para establecer cuál persona tiene derecho a la sustitución pensional, en caso de conflicto, es la demostración del compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte. En cuanto al principio material para la definición del beneficiario, conforme a la sentencia C-389 de 1996, que acogió un criterio material, esto es, la convivencia efectiva al momento de la muerte, como elemento central para establecer quién es el beneficiario de la sustitución pensional. Acoger esta interpretación, significa reconocer ante la muerte del afiliado, la garantía de la seguridad social de su núcleo familiar, recordando que

la finalidad perseguida por esta prestación, es el cuidado de las personas que dejó el causante de la prestación.”

Así entendido, no se puede equiparar la condición de muerte de afiliado y de pensionado; por cuanto, éste último ya construyó su futuro pensional, por lo que, se entiende que la finalidad de la norma al exigir un período de convivencia, es garantizar el bienestar de su núcleo familiar, para evitar conductas contrarias a la seguridad social, como el aprovechamiento de relaciones que no atiendan a la finalidad de la prestación; lo que no ocurre con el afiliado fallecido, pues de manera alguna, puede advertirse de las relaciones así configuradas una intención ilícita de apropiarse de la pensión, pues al efecto, ni siquiera estaba construida la prestación en sus requisitos esenciales.

Por lo tanto, se arriba a la conclusión, de que sí existe un factor diferenciador en el fallecimiento del afiliado y el pensionado fallecido, entre ellos media la distancia insalvable del reconocimiento pensional en vida; por lo que, resulta justificado y válido entender que, la norma impuso el requisito de convivencia solo para el pensionado fallecido, pues de ellos, es el único que goza del reconocimiento prestacional según la teleología de la norma, es el único sujeto al que debe aplicarse la protección de su capital, y así garantizar la protección del núcleo familiar.

Esa misma situación no se puede transpolar a los asegurados afiliados, en razón al momento de su muerte, dado que no tenían la prestación por vejez o invalidez construida, así las cosas, no hay forma de contemplar la convivencia como un medio de aseguramiento o de garantía de la prestación; por el contrario, de exigirse ese requisito, se le privaría al núcleo familiar de la protección por la ausencia del afiliado fallecido, actuación que es contraria a los principios que inspiran la pensión de sobrevivientes.

En consecuencia, la interpretación realizada por la Corte Constitucional, introdujo un elemento normativo no contemplado en forma expresa en la norma, cuya inclusión resulta contraria a su sentido teleológico, como ha sido explicado en precedencia; sin que haya lugar a equiparar el requisito de convivencia por aplicación del principio de igualdad, pues como ya se determinó, son sujetos diferenciables con características propias en la configuración de la prestación, por lo que resulta justificado el trato diferencial dado por el Legislador.

Así las cosas, la exigencia de la convivencia establecida por la Corte Constitucional al afiliado fallecido, no resulta justificada ni puede aplicar en forma

necesaria para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; puesto que, su imposición no resulta válida desde la interpretación literal ni teleológica, ni del análisis integral del ordenamiento jurídico, pues como ya se indicó, su aplicación atenta en forma directa con los principios que gobiernan la prestación por sobrevivencia.

La sostenibilidad financiera como argumento para admitir la posición de la Corte Constitucional, no resulta admisible, conforme a lo manifestado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia objeto de estudio, en la cual se precisó, que la pensión de sobrevivencia se financia con seguros contratados en los eventos de su causación, y su aplicación no repercute en forma directa en el aseguramiento fiscal de la prestación. Argumento que resulta consistente con los valores, principios, y el sistema de reglas contempladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Y cuando hablamos de los principios que gobiernan los derechos sociales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos el principio protector, o principio de favorabilidad, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política Colombiana, el cual establece la “(...) *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*”, en palabras del profesor Jaramillo Jassir<sup>7</sup>, en aquellos casos donde una norma tenga varias interpretaciones, debe aplicarse la que más le convenga al trabajador, en el caso de estudio, en favor de los beneficiarios del afiliado fallecido. Esta forma en que se expresa el principio protector, es conocida como el principio *in dubio pro operario*, y su aplicación opera, cuando existe un conflicto hermenéutico, como en el caso del requisito de convivencia por muerte del afiliado, donde existen dudas sobre el alcance de la norma, a pesar de que no existe duda sobre la voluntad que tuvo el Legislador.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la interpretación brindada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta ser coherente con el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, goza de validez material; conclusión que permite colegir que es un argumento consistente en su interpretación, que no se puede anular por la posición de la Corte Constitucional, pues en forma razonada se demuestra su solidez interpretativa a la luz de los principios y valores que gobiernan el ordenamiento, en especial, los principios que orientan el sistema de seguridad social en pensiones.

---

<sup>7</sup> Jaramillo, 2010, pp. 167 – 171.

Debe advertirse que la conclusión expuesta, no significa la irracionalidad de la regla de la Corte Constitucional, pues en todo caso, los principios formales que se pretenden hacer valer, son valiosos en el ordenamiento de la seguridad social, pero en el juicio material, se prefiere la finalidad sustancial que se obtuvo con la interpretación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, desde el plano sustancial que gobierna la seguridad social, debe preferirse la interpretación expuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo la aplicación del principio *in dubio pro operario*, que prefiere en caso de duda de aplicación de la norma sustantiva laboral y de la seguridad social, acoger el que resulte más favorable, en virtud del principio protector que gobierna la jurisdicción laboral.

## Concepción pragmática

Esta concepción, no supone prescindir de las otras concepciones, por el contrario, nos lleva a ser conscientes de los límites de las concepciones formal y material, justamente para dar cuenta de la argumentación, entendida esta como una actividad, como un proceso, por cuanto introduce elementos en los que se puede reconocer el diálogo y el consenso, como factores para alcanzar la verdad o la corrección<sup>8</sup>, más allá del mero análisis del discurso, es la parte del lenguaje que trata sobre los efectos que producen en la conducta, es decir, sobre el grupo social al cual se dirige.

De acuerdo con lo anterior, debo advertir que la interpretación fijada por la Corte Constitucional, extendió en igual forma el marco de aplicación del requisito de convivencia a los beneficiarios por muerte del afiliado y pensionado, criterio que fue aplicado sin discusión en la jurisdicción por un espacio prolongado de tiempo, y su fuerza de autoridad, determinó su aplicabilidad en sede judicial, fijándose un parámetro de aplicación regulativo de obligatorio cumplimiento.

No obstante, la dimensión social generó de dicha interpretación un asunto problemático, para el caso de los beneficiarios del afiliado fallecido, pues los efectos de la interpretación extensiva de la Corte Constitucional, restringió la oportunidad de obtener el reconocimiento prestacional, en cuanto fijó un actuar contrario a los principios que gobiernan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

---

<sup>8</sup> Atienza, 2022, pp. 363 - 365.

Se cuestiona el hecho de las parejas que con ocasión de la convivencia demuestren el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua al momento de la muerte de uno de sus integrantes, pero por circunstancias ajenas a su voluntad fallecen antes del cumplimiento del período temporal exigido en la norma, negar el derecho en esas circunstancias, es actuar contra la finalidad de la prestación con el desamparo del núcleo familiar del asegurado fallecido.

En ese orden de ideas, se encuentra coherencia argumentativa en la interpretación ofrecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual se ajusta al sistema de valores y principios que inspiran la seguridad social y es una interpretación adecuada y ajustada a la finalidad perseguida por la norma, toda vez, que existe una diferenciación válida con los sujetos a quienes les resulta aplicable la ley. En consecuencia, no resulta igual la condición de un trabajador afiliado y un pensionado fallecido, en la medida en que solo respecto del último, se puede colegir que tiene un derecho configurado, siendo válido concluir que es el único destinatario del cumplimiento del requisito de convivencia exigida en la norma, proposición creada para la garantía de su núcleo familiar y evitar fraudes al sistema.

Se concluye entonces, que la interpretación realizada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia goza de validez material; por lo tanto, se tienen dos interpretaciones admisibles desde el ordenamiento jurídico, pero que, al resultar contradictorias, deben zanjarse para salvaguardar la coherencia y la seguridad jurídica del ordenamiento.

## **Propuesta de solución al problema**

De acuerdo con el análisis y evaluación de los argumentos contenidos en la sentencia objeto de estudio, se arriba a la conclusión de que el choque de trenes interpretativo que se presenta entre ambos tribunales, debe ser dirimido desde el estudio de coherencia normativa, con la finalidad de realizar el estudio de validez material de las interpretaciones, y así, establecer cuál de ellas resulta ajustada al sistema de reglas, valores y principios que regulan el sistema jurídico nacional.

Esta solución es la que permite establecer su previsibilidad, y, por ende, la seguridad jurídica material de su aplicación; en consecuencia, las divergencias jurisprudenciales únicamente demuestran la incoherencia y la inconsistencia con que el sistema jurídico opera en el reconocimiento de la pensión de sobre-



vivientes, comoquiera que no se tiene certeza de la regla interpretativa que debe aplicarse para la garantía del reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Esto corresponde a una falla lógica del sistema jurídico, mientras una exige el cumplimiento general del condicionamiento de la norma; la otra, clasifica a los sujetos y excluye de su aplicación a uno de ellos. Ello quiere decir, que respecto de una controversia judicial que pueda calificarse como un caso límite, ejemplo, el caso del cónyuge o compañera/o que fallece a los 4 años y 11 meses del inicio de su convivencia, puede un funcionario desestimar la prestación válidamente bajo la interpretación de la Corte Constitucional; pero, si acoge el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reconocería la prestación pensional.

En ese orden de ideas, la solución no puede dejarse aleatoriamente al criterio del funcionario judicial; por el contrario, la propuesta de solución está dirigida a sopesar los argumentos ya expuestos con las concepciones de la argumentación Atencina, es decir, evaluar y determinar el resultado de la ponderación de los derechos en juego dentro de cada interpretación. Derechos sociales como la seguridad social, y la tensión con principios de carácter formal, como la igualdad y la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

Del resultado de la colisión de los derechos objeto de estudio, con relación al derecho a la seguridad social, debe advertirse que es un imperativo legal en la jurisdicción ordinaria laboral, en la aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, respecto del principio de favorabilidad en materia laboral en su manifestación *in dubio pro operario*, que, en caso de duda en la aplicación de dos interpretaciones, resulta obligatorio aplicar la que resulte más favorable al asegurado al sistema general de pensiones.

Analizada la coherencia y consistencia de la regla jurisprudencial fijada por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que excluye el requisito de convivencia al afiliado fallecido, me permite concluir que este es el criterio que debe asumirse en garantía y respecto de los principios que gobiernan la seguridad social y, de manera particular, los que gobiernan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de los cuales, se resalta el principio material para su obtención.

Por consiguiente, y conforme al ejemplo formulado con anterioridad, no permitir que en nuestro sistema normativo por faltar un mes para el cumplimiento del requisito de convivencia, se niegue la pensión de sobrevivientes,

pese a tener un criterio interpretativo válido, sustentado y justificado conforme al sistema jurídico interno, no es acorde con los principios que gobiernan la prestación. En ese orden de ideas, resulta imperativo acoger la tesis presentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para solucionar la tensión de los derechos en juego, y de contera, con el choque de trenes que afecta la aplicación del derecho pensional, en lo que respecta al requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes.

Otro argumento importante, es la aplicación del principio de la primacía de la realidad en materia laboral, que también tiene lugar en el presente asunto; dado que privilegia la convivencia efectiva en consonancia con el principio material, toda vez que, la convivencia efectiva al momento de la muerte, es el elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional.

Es decir, que la garantía del principio material, exime del período de convivencia a los beneficiarios del afiliado fallecido en el reconocimiento de la prestación, interpretación que acojo como propuesta de solución. Pues la interpretación de la Corte Constitucional, presenta serios reparos que merman su fuerza argumentativa, al no analizar literal y teleológicamente la norma, o, por lo menos, para entender que el requisito de convivencia fue creado para proteger al núcleo familiar del pensionado; además de la existencia de parámetros objetivos diferenciados entre muerte del afiliado y pensionado.

Se evidencia una incongruencia argumentativa, pues como lo expuso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional en sentencia previa había estudiado la constitucionalidad de la norma en estudio, donde reiteró la diferenciación entre afiliado y pensionado, así como, el sentido teleológico de la norma, el cual fue desconocido sin argumentos que justifiquen el por qué de la incongruencia en su nueva postura.

De lo expuesto se desprende, que la solución a la contradicción interpretativa debe ser resuelta con la interpretación más favorable para el afiliado, en aplicación del principio protector en su forma *in dubio pro operario*, tal y como lo aplicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## Conclusión

En el análisis realizado al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se advierte una situación irregular, derivada de dos interpretaciones contradictorias frente al cumplimiento del

requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes, las cuales *prima facie* gozan de validez formal, pues fueron expedidas por autoridades legítimas y con igual rango de jerarquía.

Dicha situación, configura lo que se denomina en el ámbito jurídico colombiano, un choque de trenes judicial, situación jurídica que demuestra una contradicción en la forma de interpretar un texto legal, como ocurre con el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo que respecta al requisito de convivencia exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes.

La contradicción demuestra una falla lógica del ordenamiento, un grave problema de falta de coherencia y consistencia en el sistema jurídico; pues el solo hecho de existir dos interpretaciones jurídicas de una norma, expedidas por Altas Cortes de cierre, con autoridad y validez, deja en evidencia el desajuste que se presenta en consonancia con el principio de la seguridad jurídica, y que atenta contra su eficacia y validez material.

Admitir en el ordenamiento jurídico dos interpretaciones judiciales contradictorias, genera incertidumbre en las decisiones judiciales, ya que los funcionarios, en la definición de los asuntos sujetos a estudio, se enfrentan a la dicotomía de tener que elegir entre una u otra para su resolución; situación que no puede ser admisible, pues atenta contra la previsibilidad, como valor relevante para determinar la validez material de las normas que nos gobiernan.

Por tal motivo, el problema jurídico formulado en la investigación, se delimitó a determinar cuál de las dos interpretaciones hechas por los altos tribunales frente al requisito de convivencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se ajusta en mejor forma al sistema de reglas, valores y principios que gobiernan el ordenamiento jurídico colombiano, y definir, a cuál de las interpretaciones se le puede asignar validez material. Para lograr tal finalidad, lo más adecuado fue el análisis argumentativo bajo las concepciones formal, material y pragmática, pues ellas me permitieron realizar un análisis integral.

Tras el análisis argumentativo, concluyó que la interpretación realizada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la que más se ajusta al sistema de valores que gobierna la seguridad social, en particular, la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, esa regla interpretativa es la que debe aplicarse por su coherencia y consistencia normativa, conforme a lo expuesto.

Con lo expuesto, quedan analizados los argumentos presentados en la sentencia SL 5720 de 2021, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## Bibliografía

Atienza, Manuel, 1997, Derecho y Argumentación, Ed. Universidad Externado.

Atienza, Manuel, 2022, Curso de Argumentación Jurídica, séptima reimpresión, Ed. Trotta, Madrid.

Doxa, 2023, 30 años de Argumentación Jurídica en Alicante, n.º 46. Cuadernos de Filosofía del Derecho.

García Godínez, Miguel Ángel. Los Criterios de Corrección en la Teoría del Razonamiento Jurídico de Neil MacCormick. Centro de Estudios Constitucionales SCJN.

Jaramillo Jassir, Iván Daniel. Principios Constitucionales y Legales del Derecho del Trabajo Colombiano. 2010. Editorial Universidad del Rosario.

Linfante Vidal, Isabel, 2018. Argumentación e Interpretación Jurídica, Ed. Tirant Lo Blanch.

Ródenas, Ángeles, 2012, Los Intersticios del Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid.

Silva Arroyave, Sergio Alejandro, La Unidad del Derecho y las Divergencias Jurisprudenciales entre las Altas Cortes en Colombia, Revista Derecho del Estado n.º 48, pp. 215 a 242.

# La filosofía y su aporte a la interpretación del derecho a la seguridad social como bien supremo del ser humano<sup>1</sup>

María Victoria Santana Londoño<sup>2</sup>

- 
- <sup>1</sup> Este capítulo es resultado de la investigación del trabajo doctoral titulado *La meta-garantía como telhos de la constitucionalización del derecho a la seguridad social. Aportes a la naturaleza jurídica del derecho desde las causas del ser en Aristóteles* desarrollado en el doctorado en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.
  - <sup>2</sup> Abogada, especialista en Derecho de la Seguridad Social y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y candidata a Doctora en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Investigadora, Universidad Santo Tomás. Docente titular de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social Universidad Libre de Bogotá. Docente titular del módulo *Argumentación jurídica y teoría de los derechos en el Constitucionalismo Colombiano. Deberes y Derechos*, Especialización en Derecho de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



## Resumen

El texto va a presentar los elementos filosóficos del derecho a la seguridad social, es decir, desde el plano filosófico, se pretende explicar el contenido esencial que representa el derecho a la seguridad social en la constitución del derecho. Se busca, además, dimensionar el alcance que tiene el conjunto articulado del derecho a la seguridad social, en el que la protección de las garantías que constituyen la seguridad social, expresa una exigencia social distinta, puesto que reclaman su reconocimiento como disposiciones de derechos fundamentales vinculados sin ninguna restricción a toda persona, para cubrir las exigencias de un fin constitucionalmente legítimo y que desde mucho antes han estado expresadas en enunciados constitucionales que conciben al ser humano como un miembro activo de la sociedad y cuya dignidad debe ser preservada a toda costa.

## Introducción

El papel que representa el derecho fundamental a la seguridad social en el desarrollo del mundo jurídico contemporáneo, requiere incorporar sin discusión aportes e ideas de la filosofía, como elemento que explica la esencia y razón de ser de tan valioso derecho en la materialización del proyecto de vida de cada persona.

La principal manifestación, corresponde a la tarea del Estado constitucional, que consiste precisamente en garantizar la efectiva realización de los derechos fundamentales, que ocupan un lugar preeminente en el texto superior de 1991. Pareciera ser que el derecho a la seguridad social no cuenta con la capacidad por sí misma de ser suficiente, y para poder ejercerla, se crea la viva necesidad de establecer los alcances y el grado de exigibilidad de este derecho, que a través de la historia ha generado tantos debates y visiones controversiales en el mundo político y para los intereses concretos de la sociedad.

El consenso que existe sobre la necesidad de protección que reclama el derecho a la seguridad social, indica que merece especial atención e indica, además, que

existe una conciencia generalizada sobre la urgencia de abordar concepciones filosóficas que realicen aportes al estudio del derecho a la seguridad social como bien supremo del ser humano.

En la primera parte del texto, se abordarán los fundamentos filosóficos que permiten comprender el derecho a la seguridad social como una garantía que trasciende el plano eminentemente jurídico para vincularse como elemento esencial constitutivo de la dignidad humana. Todo ello asumiendo como referente teórico, los planteamientos aristotélicos en torno a las cuatro causas del ser. En la segunda parte, se desarrollará la importancia que representan los principios y valores constitucionales como referentes de interpretación en las decisiones de los jueces como guardas de la integridad constitucional del derecho a la seguridad social para garantizar su efectiva realización, particularmente en las poblaciones más vulnerables.

## **La filosofía y su relación con la constitucionalización del derecho a la seguridad social**

Por lo general, de las constituciones se toman los denominados derechos fundamentales, conforme al proceso de positivización que las ha caracterizado. Giovanni Reale (2007), hizo hincapié en que no hay duda de que la filosofía es posible en los principios, asimismo, el derecho no es posible sin la posibilidad interpretativa de los principios, que son en sí, el objeto primordial de este estudio y su relación con la constitucionalización del derecho a la seguridad social. Esta noción, constituye la cumbre para dilucidar la filosofía en el campo de la materialización del derecho a la seguridad social, así como:

Para ejercitar la filosofía no hay necesidad de instrumentos ni de lugares especiales, sino que, sea cual fuere el lugar de la tierra en que pongamos el pensamiento, éste alcanzará siempre de la misma manera la verdad, puesto que ésta está presente en todas partes. (p. 22).

Desde este punto de vista, el derecho a la seguridad social se convierte en asunto del mayor interés, en tanto se refiere al atributo del más alto nivel para que el ser humano alcance el goce de otros bienes jurídicos protegidos (la salud, la vivienda, la alimentación, el agua potable, entre otros), porque solo con ellos, puede alcanzar la felicidad.

La principal característica de la filosofía, como elemento fundador en la constitucionalización del derecho a la seguridad social, es que además de ser un bien



objetivo, constituye por sí solo el fin metafísico del hombre, “aquello en lo que y por lo que se realiza plenamente la esencia del hombre” (Reale, 2007, p. 23).

La necesidad de concretar la filosofía como principio orientador constitucional es que devenga en el principal instrumento a favor de la constitucionalización de este derecho, toda vez que, el proceso de fundamentación cumple sus exigencias, porque en realidad el hombre es cuerpo y alma. Así, según Aristóteles, expresa el teórico, la misión del alma racional es alcanzar la verdad (Reale, 2007, p. 23), entendida la verdad como el concepto de dignidad del ser, y la interpretación de este propósito, solo se consigue con la función que cumple la filosofía porque sin ella, las posibilidades de disfrutar esa dignidad son inciertas en tanto ella es la que cumple su cometido en la realización del conocimiento como virtud suprema y clave de la vida humana.

Esas posibilidades del disfrute de la dignidad como virtud suprema de la vida humana, consideradas como fines de consecución y de goce efectivo y material del derecho a la seguridad social, radican en disposiciones que garanticen unas condiciones y prestaciones sociales capaces de cubrir circunstancias de necesidades básicas del individuo, procuradas o conseguidas a partir del principio de justicia. Desde esta perspectiva de justicia, John Rawls (1995) define sus diversas nociones de justicia en las que puede apreciarse ese “ámbito irreductible de conducta que el derecho protege” (Corte Constitucional, 1998). En términos de justicia dice el autor que:

Considero entonces que el concepto de justicia ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales. Una concepción de la justicia es una interpretación de este papel. (p. 23).

La función de este concepto, considera una expresión muy conocida en el trasegar histórico de la teoría jurídica, en tanto hace alusión a la *justicia natural*, figura muy propia del siglo XVIII. Según la Corte, existe un gran catálogo de derechos primeros al derecho positivo, por ir más allá del mero convencionalismo, a través del tiempo ha trascendido fronteras en el mundo de los derechos sociales fundamentales, en donde la seguridad social adquiere un carácter vinculante que comienza a trazar nuevos paradigmas en razón de “su delimitación conceptual, su titularidad, el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan” (Corte Constitucional, 1992).

El ejercicio de este derecho, tiene una extendida adaptación natural paralela a la interpretación del *núcleo esencial de un derecho*, cuya condición abarca

una esfera irreversible de derecho fundamental que le atribuye *prima facie* al derecho de la seguridad social, la condición necesaria para poder considerar al hombre, una persona con plenas facultades para disponer del goce material y efectivo de su dignidad humana<sup>1</sup>, pues como lo diría Reale (2007), en el pensamiento aristotélico:

El bien del hombre solo consistirá en la “obra” que es peculiar de él, es decir, la *obra que él y sólo él sabe desarrollar*, (...) ¿Cuál es la obra del hombre? 1) No puede ser el simple vivir, puesto que el vivir es propio asimismo de todos los seres vegetales. 2) Tampoco puede ser el sentir, puesto que el sentir es común de todos los animales. (...) Ésta es, “la virtud del hombre” y aquí deberá buscarse la felicidad. (p. 100).

La naturaleza común a todas las virtudes es para el tratadista, explicando a Aristóteles, el punto medio entre la ausencia o exceso de algo, es decir, el equilibrio entre algo que es demasiado o escaso. La virtud es exaltada por este autor como la *justa proporción* que implica un punto intermedio o de equilibrio entre dos extremos (p. 103).

Aristóteles (1968), en el libro *La Política*, adoptó la acepción de derecho involucrando el contenido de justicia como necesidad social, afirma que “la justicia, en cambio, es un valor cívico, pues la justicia es el orden de la comunidad civil, y la virtud de la justicia es el discernimiento de lo justo” (pp. 252-253).

En este sentido, las posibilidades de acción de la constitucionalización del derecho a la seguridad social, requieren hoy de una posición política y jurídica confiable para cumplir su cometido de justicia, que solo puede ser adaptada desde la incorporación de la filosofía moral como fuente universal del derecho para garantizar la materialización eficaz del derecho en los intereses sociales

---

<sup>1</sup> En el entendido que la Seguridad Social es un Derecho Humano y debe ser considerado *seriamente fundamental*. Expresión que Gañán utiliza para resaltar que el reconocimiento del Derecho a la Seguridad Social no debe ser solo una cuestión formal, sino que debe trascender a su goce real y efectivo. Además, que su protección debe hacerse bajo la integralidad de acciones o mecanismos que los Derechos Fundamentales tienen en Colombia desde la propia Constitución Política, además de la Acción de Tutela, esto es: aplicación inmediata, artículo 85 CP; reserva de ley para su reglamentación a través de una ley Estatutaria, artículo 152, C.P; no suspensión en estados de excepción, artículos 93 y 214.2 CP, artículo 4° Ley 137 de 1994, artículo 27 de la Convención Americana de DDHH; y poseer una protección especial para su modificación, artículo 377 C.P. Véase por ejemplo como el Derecho a la Salud, en su calidad actual de Derecho Fundamental, está regulado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que lo reconoce como tal, como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

concretos de una población, y en este punto, es pertinente recordar el cuestionamiento de Kant:

¿Con qué derecho podemos tributar un respeto ilimitado a lo que acaso no sea valedero más que en las condiciones contingentes de la humanidad, y considerarlo como precepto universal para toda la naturaleza racional? (1921, p. 8).

Señaló también Aristóteles, que los principios del ser, encausan una conexión directa entre las causas y la filosofía, porque a ésta le corresponde “estudiar lo que es, en tanto que algo que es, y los atributos que le pertenecen en tanto que algo es” (Aristóteles 1994, p. 34). El derecho encuentra su contenido esencial en la filosofía, cuando pretende justificar que a la naturaleza de cada derecho humano le son inalienables o congénitos enunciados normativos constitucionales, en cuanto a la naturaleza de las cosas en el derecho como derecho mismo y no como criterio discrecional o de interpretación de lo que el legislador ha definido en el momento histórico de regular una disposición normativa como justa o injusta.

El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social, pretende dimensionarse en las cuatro causas del ser que propone Aristóteles para mostrar el epicentro de la argumentación filosófica de la constitucionalización de este derecho, siendo en principio las que determinen el núcleo esencial de esta garantía y su estrecha relación con la naturaleza propia del ser humano y con el bien supremo que aquel persigue.

Es aquí donde cobra importancia el sentido de las cuatro causas aristotélicas del ser. La causa formal, se refiere a la esencia; la causa material es el sujeto; la causa tercera corresponde a la causa eficiente y la causa final está relacionada con el bien supremo.

Estas causas, constituyen el punto de partida de la meta-garantía, como *telhos* de la constitucionalización del derecho a la seguridad social y menguan la incertidumbre y las disputas interpretativas que se han revelado en todos los escenarios de la sociedad en donde cada vez que se plantea la idea de la iusfundamentalidad del derecho a la seguridad social, se suscitan ambigüedades acerca de su alcance, cuya solución está puesta categóricamente en el texto superior de 1991 y los pactos y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esta idea traza los límites al ejercicio y desarrollo de la dignidad humana, esta le atribuye al ser humano la posibilidad de concretar un nivel de vida adecuado, así lo anotó el Protocolo de San Salvador, “condiciones justas, equitativas y satisfactorias” (artículo 7º). El derecho a la seguridad social que le asegure

los medios para llevar una vida digna y decorosa (artículo 9º), o en palabras de Rawls (1995), por ejemplo, la justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad (p. 21).

Para justificar un acercamiento entre los principios constitucionales y los postulados filosóficos, es indispensable el acercamiento que el juez constitucional realice de la fuerza jurídica que tiene un enunciado normativo constitucional y los fines sociales en los que debe ser promovido o realizado para lograr la exigencia de restauración continua de derechos constitucionales, a través de la actividad interpretativa de los tribunales. Esta actividad judicial, ha logrado ofrecer amplios fundamentos filosóficos, que han hecho del principio de la dignidad humana, la piedra angular en la fundamentalidad del derecho a la seguridad social como concepción de persona inherente al Estado constitucional, que se concreta, comoquiera que sea, en fines sociales que por lo general, están prescritos en las constituciones.

Zagrebelsky (1999), señaló que solo mediante una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es viable tener constituciones “abiertas” porque estas pueden cumplir con mayor éxito, dentro de los límites constitucionales, la seguridad de la vida social y la dirección política, expresadas ambas, en la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática (p. 14), en la que prevalezcan disposiciones iusfundamentales aplicables de manera apropiada que aseguren el acceso a la seguridad social, satisfaciéndose por tanto, dicho derecho en cualquiera etapa de la vida humana de aquellos menos favorecidos. Como lo aclaró Rawls (1995), cuando explicó el principio de diferencia como un principio de justicia:

Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto *a*) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como *b*) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades (p. 88).

Observar a través de esta perspectiva el carácter de constituciones abiertas permite, además, que categorías como la eficacia directa, la conexión con principios, la consagración expresa, la remisión expresa y la conexión directa, procuren dar solución categóricamente a *vacíos* derivados de derechos ya consagrados en el texto superior. A propósito de esto, señaló Bernal (2007), citando a Bobbio, lo importante de recurrir a los principios como fuente inte-

gradadora del derecho para llenar lagunas (p. 517), esto resalta la exigente labor del juez constitucional de armonizar el contenido normativo de un derecho constitucional con la realidad social concreta y las ventajas que representa la aplicación de un derecho para sus titulares y para la sociedad en general.

## **Principios y valores constitucionales como referentes de interpretación en las decisiones judiciales**

La evolución que ha tenido el derecho a la seguridad social en Colombia ha sido posible, fundamentalmente, por la labor interpretativa de los jueces que han procurado cumplir con su rol de guardianes de los derechos fundamentales a través del razonamiento constitucional, puesto a favor de la realidad social en la que la vida del derecho consiste en otorgar la protección superior a garantías que tradicionalmente han sido consideradas meramente prestacionales, generando el menoscabo del principio constitucional de la dignidad humana.

Zagrebelsky (1999) expresa, que el carácter esencial de un derecho constitucional, puede conciliarse o explicarse a la luz del concepto de la ductilidad, en la que los valores y principios, abarcan el ámbito o núcleo esencial de cualquier norma adscrita en un texto constitucional, y desde ahí justamente, se define el principio de Estado Social en el que es evidente la concreción real y efectiva del derecho a la seguridad social, es impensable un Estado Social sin la garantía de derechos sociales.

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir (p. 14).

La función que cumple el derecho a la seguridad social en un Estado Constitucional, consiste en salvaguardar los mínimos existenciales del ser humano, que deben ser leídos desde las propias disposiciones iusfundamentales, es decir, en general, desde los valores y principios constitucionales que como tal disponen el canon de la realización eficaz del fin que persigue el derecho que es la justicia. Por esta razón, si bien este derecho adopta una concepción o enumeración taxativa en el texto constitucional, de esto no es dable deducirse, bajo ningún entendido, que tal derecho no pueda aplicarse como un derecho autó-

nomo fundamental en sociedades que reclaman cada vez más la satisfacción de los mínimos estándares de vida digna.

La caracterización del Estado como Estado Social, cumple su ejercicio en la creación de condiciones dignas de vida para el ser humano, sin menospreciar unos derechos para privilegiar otros, en razón de las obligaciones económicas que implica se hagan realizables o no. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-160, expresa que:

Todos los derechos constitucionales fundamentales (...) poseen un matiz prestacional, y por ello su implementación práctica siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria. (...) despojar a los derechos prestacionales de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad (2011).

Dicho esto, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, tampoco puede confinarse a los límites de la última de las teorías que han referido algunos jueces, la de *la aplicación inmediata*, esta posición es restringida a la interpretación que debe hacer el juez constitucional. Es inadmisibles que postulados normativos, como el artículo 85 del texto superior de 1991<sup>2</sup>, tengan mayor observancia constitucional que instrumentos normativos internacionales o que principios y valores constitucionales que tienen un ámbito de interpretación obligado en la activa labor judicial, dirigida a crear condiciones adecuadas para aquellas personas menos aventajadas.

La interpretación judicial debe favorecer en todo tiempo, la materialización eficaz del derecho fundamental constitucional a la seguridad social, sobre todo, por el ejercicio de argumentación que realiza el juez constitucional, al incorporar en sus decisiones la enunciación de tratados y convenios internacionales que deben ser obligados como presupuestos normativos que corroboran la iusfundamentalidad del derecho a la seguridad social, para resolver casos concretos y no para restringirlos.

Bernal (2007) afirma, que la pretensión básica del contenido esencial de un derecho fundamental, está compuesto por todas las normas y posiciones jurídicas que lo integran (p. 415), se considera esto como la imposibilidad de

---

<sup>2</sup> Artículo 85: son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

fragmentar las condiciones materiales adecuadas para garantizar la eficaz consumación de un derecho, el derecho a la seguridad social no es la excepción, todo lo contrario, es el principio fundamental que rige y marca el horizonte de postulados y objetivos que aseguran y garantizan la efectiva realización de un Estado Social de Derecho, en el que el ser humano, según el autor, se define por excelencia una persona titular de unas necesidades básicas que deben ser cubiertas (Bernal, 2007, p. 355). Asimismo, señala el autor que:

Debe considerarse que la libertad jurídica se amplía e incluye a los derechos prestacionales en su ámbito iusfundamentalmente garantizado, o sea, que los derechos prestacionales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad (p. 359).

La interpretación de un derecho constitucional que trasciende, y que entra en el ámbito propio de la filosofía, debe disponer de la capacidad suficiente para que la iusfundamentalidad de un derecho y su validez moral, armonicen para que los fines que se persiguen sean procurados. Fines que se concretan en mandatos constitucionales que desde siempre han estado protegidos por el texto constitucional de 1991, como los derechos a la seguridad social, a la salud, a la vivienda, y a la alimentación, entre otros, pero que generalmente han estado sometidos a tensiones inequitativas y de desventaja social, que reducen cada vez la posibilidad de que el ser humano pueda alcanzar enteramente la consecución de su autonomía y capacidad de lograr satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Giovanni Reale (2007), siguiendo a Aristóteles, articula el bien supremo del hombre con la felicidad. El hombre siempre se orienta hacia unos fines concretos, sometidos estos a un determinado espectro de fines y bienes, pero es inconcebible que esto se produzca indefinidamente, puesto que se debe admitir, para trazarse todos aquellos fines y bienes, que hay que entender que el ámbito material de “todos los fines y bienes a los que tiende el hombre existen en función de un *fin último* y de un *bien supremo*” (p. 98), que se explican dentro de la órbita de la felicidad, según Aristóteles.

El bien supremo para Aristóteles, está intrínsecamente ligado con ciertas medidas en las que se observa el núcleo esencial de la garantía del derecho a la seguridad social, como la cumbre para hacer viable la realización misma del proyecto de vida del ser en condiciones dignas. Llevar estos postulados filosóficos a la esfera tangible de la constitucionalización del derecho a la seguridad social, evidencia la relación existente entre este derecho fundamental, el

principio de la dignidad humana y el reconocimiento expreso que está prescrito, entre otros, en el artículo 48 del texto constitucional de 1991<sup>3</sup>.

A estos postulados se suma, el imperioso valor que tiene para este estudio filosófico el enunciado 94<sup>4</sup> comprendido en la Constitución de 1991, que le inyecta contenidos amplios de interpretación a derechos como la seguridad social, haciéndolo por sí competente, capaz de responder a determinados atributos naturales y aspectos filosóficos del Estado Social, mediante el cual deben ser garantizados derechos esenciales del individuo que le permitan definir por sí mismo su propia noción del bien supremo.

El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: el Estado colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser. (Corte Constitucional, 1992).

En esta misma sentencia (T-406 de 1992), la Corte ha expresado, que esta disposición coincide con la importancia que reviste el sentido amplio y dinámico del concepto de derecho fundamental en la materialización del Estado Social<sup>5</sup>, y que la relación jurídica que existe entre un valor fundamental y la aplicación

---

3 En el escrito Seguridad social de la constitucionalización a la fundamentalidad. Un camino aún en construcción, afirma Gañán, que: “En todo caso se partirá de la concepción del derecho a la Seguridad Social en clave de lectura del Estado social, como un derecho integral e integrador y bajo la premisa que tal derecho implica la garantía real a gozar de la mejor calidad de vida y de bienestar posible que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general bajo la premisa de la teoría del enfoque de derechos”. Y refiere que el Enfoque de Derechos: “Parte de un principio ético que reconoce que todas las personas tienen derecho a un determinado estándar de bienestar material y espiritual y que todos somos iguales en valor y dignidad. Se elimina la dimensión de la caridad en el desarrollo y se hace énfasis en el hecho de que todos somos titulares de derechos y titulares de deberes”.

4 La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

5 Actualmente, en sentencias como la C-520 de 2016, la Corte Constitucional ha referido: “En cuanto los inconvenientes dogmáticos, la jurisprudencia constitucional ha llegado a un consenso, nutrido por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acerca de la aplicación en el plano de la protección de los derechos constitucionales, de las propiedades de indivisibilidad e interdependencia que les son atribuibles. ...por ende, se ha concluido que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo escindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del Estado Social de Derecho (...)”.



al problema concreto, presupone una trayectoria evidente tras la construcción conceptual de estos derechos. Este horizonte se fija, principalmente, en el método inductivo, del cual Julián Marías (1980) afirma, desde el pensamiento aristotélico, que:

El fundamento de este método inductivo es la idea misma de *naturaleza* como el modo permanente de ser y comportarse la realidad. *Supuesta* la existencia de la naturaleza, las cosas particulares nos *inducen* a elevarnos a proposiciones generales. Un solo hecho revela una determinación natural, en virtud de la concordia permanente de la naturaleza consigo misma (p. 196).

Entendido el enunciado de la idea misma de *naturaleza* como el modo permanente de ser y comportarse la realidad, compréndase que esta propiedad abarca, en el caso del derecho a la seguridad social, no solo el contenido normativo tendiente a garantizar una serie de aspectos básicos del ser humano que le son inherentes, sino que la materialización y finalidad única de un derecho dependerá siempre de la tarea interpretativa que los jueces constitucionales hagan en sus providencias, de la realidad social y el texto normativo a la que este pretende aplicarse. Como lo explica Kenneth (2011), en la tesis del hecho social, su función se concreta en la ocurrencia de un hecho social relevante que, finalmente, explica la existencia del sistema jurídico y lo que convierte al derecho en un artefacto (p. 29).

El juez constitucional, entonces, debe hacer la adecuación efectiva del derecho fundamental a la seguridad social, adaptando en su interpretación, la aplicación del texto constitucional y la construcción argumentativa del amplio espíritu que encierran los principios y valores constitucionales como contenido único y verdadero de los derechos fundamentales, encaminados a satisfacer las condiciones mínimas necesarias de una población específica, que le permita la consecución de una existencia digna<sup>6</sup>.

Ferrajoli, fundamenta el amplio sentido de la filosofía del derecho en la justicia, pues ésta es propia de los contenidos ético políticos respecto a valores, intereses y finalidades metajurídicas, fundada en valores sustanciales. Precisa que

---

<sup>6</sup> Pertinente recordar aquí las estipulación del Artículo 1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos en cuanto determina que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En igual sentido el Código Iberoamericano de Seguridad Social al reconocer a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano y concebirlo como garantía para la consecución del bienestar de la población.

la equidad entendida como “la fuente universal del derecho” (1995, p. 198), es la aplicación de justicia al caso concreto, que solo tiene su explicación en los criterios de la práctica judicial.

En Habermas, persiste la misma singularidad, un acuerdo respecto a la explicitud que establece Hegel frente a la dimensión de la filosofía en la función que ha de cumplir el derecho en una sociedad concreta, la cual aparece en la actualidad como lugar privilegiado de la realización de la filosofía con relación a los intereses existentes de una población (1989, p. 29). En este carácter vinculante, la filosofía cumple su tarea. En palabras de Morris (2007), citando a Bobbio, los valores tienen un contenido humanista trascendental en la historia, porque son creados por el hombre para el hombre:

Si la función de la filosofía consiste en establecer valores, y si la filosofía debe permanecer siempre en estrecho contacto con las ciencias particulares, que tienen como objeto específico de estudio los hechos, evidentemente ello significa que, Bobbio considera que los valores deben ser puestos en estrecha conexión con el conocimiento de los hechos (pp. 106-107).

En ese sentido, el juez constitucional debe otorgar un valor preferente y responder a una interpretación normativa ajustada a la realidad social que implica, imprescindiblemente, para ser llevados a la práctica, la garantía y protección de cualquier ventaja o pretensión de seguridad social, que reconoce consecuente a la libertad del ser humano, el goce de unos mínimos estándares de vida digna, que finalmente deben vencer cualquier tipo de dificultad tendiente a entorpecer o menoscabar el derecho a la seguridad social, ya sea en su dimensión de derecho, en la de sistema o en la de servicio público esencial<sup>7</sup>.

## Conclusiones

La filosofía como disciplina racional, es determinante para abrir el espectro de lo que significa un enunciado normativo en la aplicación de justicia en una realidad social concreta, brinda los postulados de anclaje a los que puede acudir el derecho para cumplir su función social que no es otra que hacer real la justicia. Aspecto basilar para la materialización de un Estado Social de Derecho

---

<sup>7</sup> La seguridad social como un concepto integral e integrador de derechos, deberes y libertades en pro de una vida digna, con calidad y bienestar en el marco de un Estado Social de derecho efectivamente edificador de la igualdad material de todas las personas.

fundado en los postulados de dignidad humana, como principio garante del derecho a la seguridad social.

El derecho a la seguridad social siempre será una disposición jurídica que sin reparo puede preconizar la validez definitiva, por ser una norma constitucional fundamental adscrita, como lo refirió Alexy (2000) “una norma vale moralmente cuando puede ser justificada frente a todo el que toma parte de una fundamentación racional” (p. 26), situación que tiene operancia en la realidad social cuando el juez, razonablemente, recurre a la interpretación de principios y valores constitucionales para enaltecer a la persona como sujeto activo de un sistema concebido para él.

## REFERENCIAS

Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* n.º 8, págs. 21-42.

Aristóteles. (1994). *Metafísica*. (Trad. Tomás Calvo Martínez). Madrid: Gredos.

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406. MP Angarita Barón, Ciro.

Corte Constituconal. (2011). Sentencia T-160 de 2011. MP Sierra Porto, Humberto.

Corte Constituconal. (2011). Sentencia C-520 de 2016. MP Calle Correa, María Victoria.

Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducido por Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Gañán, Jaime y otros. Seguridad Social: De la Constitucionalización a la Fundamentalidad. Un camino aún en construcción. Libro Luces y Sombras de la Constitucionalización en la Justicia. Sello Editorial Coruniamericana. ISBN. 978-958-5512-07-8. Medellín. 2018.

Habermas, J. (1989). *El discurso filosófico de la modernidad*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Taurus.

Kant, I. (1928). *Crítica de la razón pura*. Traducida por Manuel García Morente. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89799.pdf>

Kenneth E. (2011). *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Traducción de Jorge Fabra, Carolina Guzmán Vuelvas y Mattan Shrager). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Marías, J. (1980). *Historia de la filosofía*. Madrid. Biblioteca de la Revista de Occidente.

Morris, L. (2007). *La distinción entre hechos y valores en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Traducción de Santiago Perea Latorre. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Organización de Estados Americanos. OEA. (1988). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Consultado en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

Organización Iberoamericana de la Seguridad Social. Código Iberoamericano de la Seguridad Social. 1995.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica.

Reale, G. (2007). *Introducción a Aristóteles*. (Trad. V. Bazterrica) Barcelona: Herder.

Santana, María V. *La Seguridad Social en Colombia: Un derecho fundamental*. Medellín. 2012. Ediciones UNAULA.

Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid. Trotta.

# 8

## **Un análisis de las reglas de la ineficacia de traslados entre regímenes pensionales en Colombia, desde las concepciones de la argumentación atencina**

*Carlos Andrés Olaya Osorio<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Abogado; *magister* en Derecho; *máster* en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante.



## Introducción

En Colombia se creó el sistema general de pensiones con la Ley 100 de 1993, en virtud del cual se establecieron dos regímenes pensionales de naturaleza pública y privada, por lo que, a partir de su vigencia, se presentó una competencia en el mercado para la vinculación de los afiliados.

Esa finalidad, generó un grave problema social, pues en el afán de captar los potenciales asegurados, las administradoras de fondos de pensiones privadas no suministraron la información necesaria para tomar una decisión con plena voluntad del afiliado, omisión que afecta la validez material del acto del traslado, pues se acreditó en múltiples casos, casi en forma generalizada, que se omitieron aspectos relevantes que afectaron los derechos a la libre elección de los afiliados y a la seguridad social. Situación que se matizó con mayor rigor, pues fue creada una regla prohibitiva con un condicionamiento temporal de realizar el traslado entre regímenes pensionales, por lo que, la gente que deseaba retornar al público, por ofrecer mejores beneficios pensionales, ya no lo podía realizar.

La situación descrita, generó como factor social de creación del derecho, la necesidad de actuar en sede judicial para determinar una solución; puesto que, por tratarse de un derecho de tracto sucesivo, el indebido proceder de las administradoras sólo se evidenció años después de haber tomado la decisión de su traslado los afiliados, pues la afectación sólo se advirtió cuando ya se encontraban ante la imposibilidad de retornar al régimen público, pues fue justamente, ya próximos a cumplir la edad promedio para pensión cuando evidenciaron que sus rendimientos en el régimen privado, no dieron lugar al reconocimiento de las mesadas pensionales que les fueron prometidas, afectándose así la seguridad social y el derecho a tener una mesada pensional acorde con su mínimo vital y móvil, en consonancia con el valor de los aportes sobre los que realizaron la cotización.

Ante dicha problemática, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creó una regla de excepción a la prohibición de traslado entre regímenes pensionales, cuya construcción ha permitido subsanar el incumplimiento del deber de información que se presentó en el sistema general de pensiones. Regla que,

se analizará en el trabajo con relación a su racionalidad a la luz del sistema de valores y principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, para determinar si las razones subyacentes son coherentes y congruentes conforme al razonamiento práctico, entendida desde su dimensión discursiva, para determinar si la norma creada goza de validez jurídica material en el ordenamiento nacional.

La regla a la que se hizo alusión, fue ratificada en la sentencia SL 373 de 2021, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, decisión que se escoge como tema del trabajo, por su valor práctico y teórico, pues en ella, aunque se ratificó la regla jurisprudencial antes señalada, creó a su vez, otra regla de excepción a la misma, en el sentido de que excluyó del marco de su aplicación a las personas que ya hubieran adquirido la pensión en el régimen privado, a pesar de que este grupo poblacional es el más afectado con la omisión del deber de información, y que, justamente en los casos particulares inicialmente analizados por la Corporación, fue con ellos que se evidenció el incumplimiento del deber de información.

Por lo tanto, el análisis resulta relevante por el impacto social que tiene en la sociedad colombiana, pues su aplicación generará que se deje de aplicar la regla en forma general a un alto grupo de personas afectadas por la omisión en el deber de información; por lo tanto, son estas las razones que dan lugar a fijar en el estudio de la sentencia su alto interés práctico, pues corresponde definir su racionalidad objetiva a la luz del sistema de valores y principios del ordenamiento jurídico para definir su validez jurídica material.

Asimismo, desde el plano teórico permitirá identificar conceptos relevantes en su definición, que serán resaltados a través del estudio de la sentencia bajo la óptica de las concepciones formal, sustancial y pragmática de la argumentación, que servirán de guía para definir la razonabilidad de las normas con base en la unidad del razonamiento práctico, de conformidad con los parámetros que fijan la conducta institucional del derecho y su orientación a moldearla y justificarla con base en buenas razones, cuya motivación debe estar circunscrita a la sistematicidad de las proposiciones normativas que dotan de sentido el derecho nacional, ante el cumplimiento de las reglas, valores y los principios que lo conforman.

Es a partir de ese estudio, que desde el plano argumentativo, resulta interesante la sentencia SL 373 de 2021, pues permitirá integrar el aspecto práctico, con los conceptos teóricos que integran la argumentación jurídica enseñada en la Universidad de Alicante, donde se expondrán sus concepciones y la forma en que operan en el derecho; ello con la finalidad de resolver el siguiente problema



jurídico: ¿Determinar si las reglas de excepción creadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia gozan de validez jurídica material? A partir de su resultado, se realizará un análisis crítico con base en el razonamiento práctico y la sistematicidad del ordenamiento jurídico, donde se definirá su correspondencia con el sistema de valores y principios que lo gobierna.

El orden metodológico será el siguiente, en primer lugar, se realizará una breve explicación de las disposiciones normativas abordadas en la sentencia objeto de estudio; en segundo lugar, se expondrá la cuestión problemática, que da lugar a la regla de excepción inicial; en tercer lugar, se explicará la regla de excepción creada en la sentencia SL 373 de 2021; en cuarto lugar, se analizará la sentencia desde las concepciones formal, material y pragmática; por quinto y último lugar, con base en su resultado, serán resueltos los problemas jurídicos trazados y se realizará el análisis crítico de la decisión.

## Breve explicación normativa del tema abordado en la sentencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, se implementó la Ley 100 de 1993 que creó el nuevo Sistema General de Pensiones, con la creación de dos sistemas pensionales; el primero, es el **Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM)**, de naturaleza pública, que fue administrado por el Instituto de los Seguros Sociales –ISS–, hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; el segundo, corresponde al **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)**, administrado por distintas administradoras de fondos de pensiones de naturaleza privada; sistemas que coexisten en el sistema de seguridad social integral, pero que son de naturaleza excluyente.

En ambos regímenes pensionales, se establecieron reglas distintas para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues en el RPM continuó el sistema clásico de reparto tradicional del sistema de la seguridad social, con reglas fijas de causación para la prestación por vejez, en cuanto al número de semanas y la edad en que se adquiere el reconocimiento pensional<sup>1</sup>; en el RAIS, se introdujo un nuevo elemento conceptual de reconocimiento pensional, que consiste en la financiación privada con base en los aportes y en los rendimientos financieros

---

<sup>1</sup> Las condiciones actuales de reconocimiento de la pensión de vejez, se encuentra regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación que se introdujo en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (57 años mujeres y 62 hombre, y contar con 1.300 semanas cotizadas).

que se generen, por lo tanto, en términos generales, para adquirir el derecho a la pensión, lo que se requiere es acumular un capital que pueda subsidiar la pensión para ser reconocida a través de distintas modalidades pensionales<sup>2</sup>.

Los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, tienen el derecho de optar por el régimen pensional que mejor les convenga<sup>3</sup>; pero, para la toma de dicha decisión, se requiere el manejo adecuado de la información<sup>4</sup>, obligación que exige que debe ser cierta, necesaria y adecuada en cada caso particular; por lo que, surge el derecho al deber de información de los afiliados para tomar la decisión que más le convenga para su futuro pensional, en garantía y respeto del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Por lo tanto, previo a tomar la decisión de pertenecer a un régimen pensional, deben ser informados acerca de las características de ambos regímenes, la forma en que se construye la pensión en cada régimen, así como, de vital importancia, los potenciales riesgos que se deriven de la decisión de trasladarse en uno u otro régimen.

Es preciso aclarar que, la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales inicialmente fue de 3 años en su versión original<sup>5</sup>, luego de la modificación de la Ley 797 de 2003<sup>6</sup>, se estableció en 5 años; asimismo, de manera relevante para el presente trabajo, en esa reforma se estableció la prohibición legal de trasladarse entre regímenes pensionales para aquellas personas que les faltare menos de 10 años contados a partir de la edad pensional<sup>7</sup>.

## **Cuestión problemática y creación de la regla jurisprudencial inicial para su solución**

El conflicto que generaron las disposiciones legales antes indicadas, radicó en el hecho de que un número considerable de personas que se trasladaron del RPM al RAIS, vieron afectado su derecho pensional; puesto que, el valor de

---

2 Artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

3 Literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

4 Artículo 97 Decreto 663 de 1993 en su versión original, sin modificaciones, estableció la obligación del cumplimiento del deber de información, respecto de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria en su momento, hoy Superfinanciera, entre ellas, las Administradoras de Fondos de Pensiones.

5 Literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

6 Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

7 47 años mujer y 52 hombre.

las pensiones de vejez en el régimen privado, resultaron inferiores, ello a pesar de que algunos de los afiliados ya tenían expectativas legítimas creadas por ser beneficiarios del régimen de transición (norma que permitía pensionarse con las reglas de normas anteriores) <sup>8</sup>, o incluso, algunos de los afiliados que se trasladaron, contaban ya con derechos adquiridos para adquirir su pensión en el régimen público.

Esa afectación, se produjo en virtud de la omisión del deber de información, pues para la época de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>9</sup> y en años posteriores, las administradoras privadas de fondos de pensiones se aprovecharon de la crisis que atravesaba la administradora pública del RPM como elemento principal para motivar el traslado entre regímenes pensionales, sin cumplir con la obligación de brindar la información adecuada con el análisis particular de la situación de cada afiliado y sus expectativas pensionales; causando el perjuicio ya indicado, pues los afectados, por tratarse de un derecho que se consolida con el paso del tiempo y las cotizaciones realizadas, sólo advirtieron los efectos negativos de su decisión cuando se encontraban en el período de prohibición legal del traslado.

Así las cosas, se vieron enfrentados una serie de derechos y principios, los primeros que se destacan son de carácter formal, derivados de la validez en el ordenamiento del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales y su imposibilidad de traslado, esto con apoyo en la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; el segundo, es la afectación del derecho de la libre elección de los regímenes pensionales por la omisión del deber de información, en consonancia con la seguridad social y el derecho irrenunciable a obtener los beneficios derivados del sistema pensional en su justa retribución.

Ante ello, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de su sentencia hito<sup>10</sup>, al analizar los derechos en pugna y los principios subyacentes, se inclinó por la importancia del deber de información en la configuración del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales, como elemento principal que

---

<sup>8</sup> Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, creó el régimen de transición para aquellas personas que, a la entrada en vigencia, tuvieran en el caso de las mujeres 35 años de edad y en los hombres 40 años de edad, o, 15 años de servicios cotizados con anterioridad a su vigencia (01/04/1994). Se aclara que las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, contemplaban requisitos inferiores en edad y semanas, así como su monto, que eran más favorables para los afiliados.

<sup>9</sup> 01/04/1994.

<sup>10</sup> Sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008.

sustenta su validez y eficacia en el ordenamiento jurídico; por lo tanto, al acreditarse su omisión en los eventos de las personas beneficiarias del régimen de transición pensional y con derechos adquiridos, estableció la nulidad, y con posterioridad, la figura jurídica de la ineficacia del traslado pensional, ordenando retrotraer las cosas al estado inicial, convalidando así la afiliación al RPM.

El criterio de corrección que subyace a la decisión adoptada, se fundamentó en los postulados contemplados en el preámbulo de la Constitución Nacional, cuyo ordenamiento jurídico está orientado a garantizar el trabajo, la justicia y la igualdad, dentro de un marco económico social justo; fundado en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran<sup>11</sup>, con la finalidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes contemplados en el ordenamiento constitucional<sup>12</sup>; es por ello, que se dio prelación a la obligación del deber de información, con base en la responsabilidad profesional y la asimetría entre el conocimiento experto y el lego en materia de seguridad social, que dio lugar a calificar como un engaño, la omisión de la información de los elementos necesarios para la existencia del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales.

Esta definición, se ratificó y consolidó a través de una larga línea jurisprudencial<sup>13</sup>; así mismo, los casos se replicaron, incluso con supuestos fácticos distintos, pues ya no solo acudieron a la justicia las personas con derechos adquiridos o beneficiarias del régimen de transición, sino otros afiliados con supuestos fácticos diferentes, que acusaron la errada información brindada con relación al riesgo de la pérdida de sus aportes en el régimen público para la época del traslado; asimismo, alegaron la omisión de la información relevante de las características de ambos regímenes pensionales y los riesgos que se asumían con la decisión en cada caso particular y concreto.

Fue en razón de ello, que se amplió el marco de aplicación de la regla jurisprudencial, con base en el criterio de corrección inicialmente utilizado, fijando un marco fáctico mínimo para su cumplimiento, consistente en demostrar que en el acto del traslado entre regímenes pensionales, debe ilustrarse al potencial afiliado, sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, que incluye dar a conocer la existencia de un

---

11 Artículo 1° de la Constitución Nacional.

12 Artículo 2° de la Constitución Nacional.

13 Criterio reiterado en las sentencias 31314 del 9 de septiembre de 2008; 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL 12136 de 2014; SL 19447 de 2017; SL 4964 de 2018 y; SL 1421 de 2019.

régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales; obligación que le corresponde acreditar su cumplimiento, a las administradoras de fondos pensionales, ratificándose en la regla de la inversión de la carga de la prueba en ellas<sup>14</sup>.

## Explicación de la regla de excepción creada en la sentencia sl 373 de 2021

Para proceder al estudio particular de la sentencia, haré uso del método de representación de los argumentos, de conformidad con la teoría de Atienza<sup>15</sup>. Para ello, debe tenerse en cuenta que en el caso objeto de estudio, se solicitó ante la justicia ordinaria, la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en virtud de su eventual prosperidad; también se pidió el reconocimiento de la pensión en el RPM, y a su vez, la administradora de pensiones se opuso a la prosperidad, pero en caso de salir avante, solicitó la devolución de las mesadas pensionales que le fueron pagadas en el RAIS.

En primera instancia, el Juez accedió de manera favorable a lo solicitado por la parte actora, pues declaró la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, siguiendo la regla jurisprudencial ya explicada; en consecuencia, ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez en el RPM y negó la demanda de reconvencción, en el sentido que determinó, que no hay lugar a la devolución de las mesadas pensionales que le habían sido pagadas en el RAIS.

En virtud del recurso de apelación interpuesto, la decisión fue revocada por el Tribunal, pues la Corporación siguiendo la misma regla jurisprudencial, consideró que en el caso particular, desde el escenario probatorio, si se demostró el cumplimiento del deber de información; por cuanto, se le realizó una reaseSORÍA con posterioridad al traslado entre regímenes pensionales, sumado a que la pensión de vejez en el RAIS, le fue reconocida en forma anticipada, lo que permite suponer el conocimiento de las condiciones pensionales, que permite entender acreditado el deber de información.

De conformidad con lo anterior, se procede al análisis de los argumentos de la sentencia, haciendo una valoración de los que fueron utilizados en la decisión de manera principal así:

---

<sup>14</sup> Sentencias relevantes SL 1452. 1688 y 1689 de 2019.

<sup>15</sup> Atienza, 2022, pp. 423 a 439.

**Pa.** Problema jurídico (1): Determinar si hay lugar a casar la sentencia proferida por el Tribunal, al considerar que no se dio cumplimiento a la regla jurisprudencial establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**Qb.** Determinar si el afiliado recibió la información necesaria, transparente, suficiente y objetiva, acerca de las características, condiciones, acceso y riesgos en virtud del traslado entre regímenes pensionales.

**1.b1.** Reasesoría pensional realizada con posterioridad al acto inicial, de la cual se predica que le fue otorgada información de ambos regímenes pensionales.

**1.b.2.** Reconocimiento de pensión anticipada en el RAIS, desde los 55 años, que supone el conocimiento de los requisitos legales del RAIS.

**Qc.** No se cumplió con el suministro de la información en la forma exigida por la regla jurisprudencial, por lo tanto, no se puede entender el conocimiento suficiente de las características de ambos regímenes pensionales, como requisito para convalidar el acto del traslado entre regímenes pensionales.

**1.c.1.** Del formulario de afiliación no se puede predicar el conocimiento de la información necesaria y suficiente.

**2.c.2.** Aunque se realizó la reasesoría, el documento no demuestra cuál información se le brindó, ni de ella se puede suponer el conocimiento en los términos exigidos.

**3.c.3. (+)** Aplicación de la regla jurisprudencial, que demuestra que con el material probatorio no se cumplió con las exigencias contempladas para entender cumplido el deber de información.

**Sa.** De acuerdo con los argumentos, habría lugar a casar la sentencia. No obstante, a partir de esta solución, surgió la necesidad de resolver el siguiente problema jurídico.

**Pd. Problema jurídico (2).** Hay lugar a declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y declarar válida su afiliación en el RPM. A la vez, determinar si en este régimen, hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez. De resultar procedente, establecer si hay lugar a la devolución de las mesadas pensionales pagadas en el RAIS.

**Qe.** Debe seguirse con la regla jurisprudencial y acceder en forma favorable a las pretensiones invocadas.

**1.e.1.** No se cumplió con el deber de información.

**1.e.2.** Ni el formulario inicial ni la reasesoría realizada al afiliado, satisface el deber de información.

**1.e.3.** Debe aplicarse la regla jurisprudencial en este caso particular.

**Qf.** A pesar del incumplimiento del deber de información, en el caso particular no hay lugar a declarar la ineficacia.

**1.f.1.** El reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2008 al afiliado, en la modalidad de retiro programado a cargo de la AFP privada, genera una situación jurídica consolidada, por lo que, no es posible retrotraer las cosas al estado inicial.

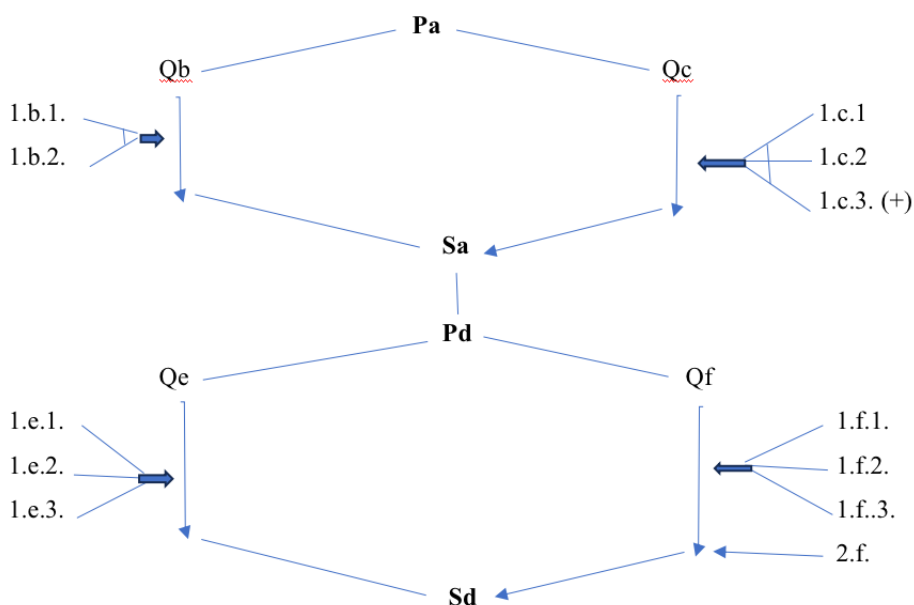
**1.f.2.** Retrotraerlo genera disfuncionalidades que afectan a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

**1.f.3.** A pesar de la violación del deber de información, cuenta el afiliado con la posibilidad de solicitar reconocimiento de perjuicios ante la AFP, cuya prescripción debe contarse a partir del momento del reconocimiento pensional.

**2.f.** Se abandonó el criterio contenido en la sentencia 31989 de 2008, respecto de la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

**Sd:** No se casa la sentencia, pero por las razones expuestas por la Corporación.

Lo anterior, da lugar al siguiente esquema de los argumentos relevantes de la sentencia, así:



De la estructura de los argumentos de la sentencia objeto de estudio, se destaca que la Corporación, en la primera parte de la decisión, ratificó la regla jurisprudencial cuya construcción data del año 2008, bajo el entendido de que, expresó nuevamente los lineamientos ya fijados respecto del cumplimiento del deber de información, en cuanto a cómo y cuáles aspectos son los que deben cumplirse para satisfacerlo; así como también, se ratificó la inversión de la carga de la prueba en las administradoras de fondos de pensiones, para demostrar su cumplimiento en los términos exigidos.

Ahora bien, lo que resulta llamativo desde los aspectos teórico y práctico, es que a pesar de ello, en la segunda parte de la decisión, la Corporación creó una regla de excepción a la misma regla creada por ella, es decir, excluyó de su aplicación, a un grupo importante de personas, que justamente son los que más se ven afectados con el incumplimiento del deber de información; por lo tanto, allí se concentrará el estudio para determinar si la excepción creada, resulta coherente con las razones subyacentes de la regla.

Siguiendo a Ángeles Rodenas, con relación a la derrotabilidad en el nivel de la justificaciones subyacentes a las reglas<sup>16</sup>, para su procedencia se tiene que demostrar por parte del aplicador del derecho, que a la luz del sistema de principios que dotan de sentido al ordenamiento jurídico, si el caso sometido a estudio, se constituye como una excepción o se encuentra excluido de la regla; por lo tanto, ese será el derrotero que se llevará a cabo en el presente trabajo, para lo cual se realizará su análisis desde las concepciones lógica, material y pragmática, para concluir si la excepción creada en esta sentencia, resulta justificada o no.

## **Análisis de la sentencia desde las concepciones formal, material y pragmática de los argumentos de la sentencia objeto de estudio**

### **Concepción formal**

Frente a esta concepción, como lo señala Atienza<sup>17</sup>, la misma no agota la argumentación, pues la lógica estándar se queda corta en el análisis de los argumentos, bajo el entendido de que no se ocupa de los elementos de verdad o falsedad de estos, sino de su relación inferencial; sin embargo, sirve como punto

---

<sup>16</sup> Rodenas, 2012, p. 43.

<sup>17</sup> Atienza; 2022: p. 171 a 186.



de partida para un análisis crítico de las decisiones judiciales, pues permiten ubicar su estructura, así como los elementos esenciales de las reglas para adentrarse en el estudio de las concepciones material y pragmática.

Para tal efecto, debe advertirse que en la sentencia objeto de estudio, hay distintas reglas. La que da génesis a las demás, es la establecida por el Legislador acerca de la prohibición de traslado entre regímenes pensionales creada con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que no permite realizarlo a los afiliados que cuenten con menos de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad; es decir, que cuenten con más de 47 años en el caso de las mujeres y en el caso de los hombres que cuenten con 52 años. Frente al punto, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, contempló lo siguiente:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, **el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**” Negrilla fuera del texto original.

De la norma se tiene que, se contempló el derecho de elección de los afiliados de pertenecer a uno de los dos regímenes que prefieran; así, la posibilidad de trasladarse entre ellos y; en su parte final, se contempló una regla prohibitiva para un grupo de personas, que se encuentren dentro de su marco temporal de acción.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creó una regla de excepción a dicha norma, en el sentido de que, a pesar de su prohibición, estableció que se podía generar el traslado entre regímenes pensionales, declarándolo ineficaz, cuando no se cumpla el deber de información con el suministro de los argumentos relevantes para tomar una decisión informada; sobre esta regla, se pasa a realizar el análisis formal de la decisión objeto de estudio.

En consonancia con lo dilucidado, en la sentencia hito y en las proferidas con posterioridad, se crearon unas premisas puntuales para la creación de la regla jurisprudencial, a continuación enunciadas:

El cumplimiento del deber de información es ineludible (p).

Se necesita el consentimiento informado, sin que el solo formulario de afiliación sea suficiente (q).

Inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, le corresponde a la AFP demostrar el cumplimiento del deber de información (r).

Aplica para todos los afiliados, sin que sea necesario estar *ad portas* de causar el derecho o tener un derecho causado. Es decir, determina el principio de universalidad a todos los afiliados del sistema (s)

Acreditadas las premisas, se llega a la conclusión de que el acto jurídico es ineficaz (t); en consecuencia, cumplidas las premisas y sus proposiciones, dan lugar a aplicar la norma de excepción, y, en tal sentido, se inaplica la regla de prohibición de traslado, generando su ineficacia y la validez de la vinculación inicial en el RPM, sin que el acto hubiere producido efectos jurídicos.

La reconstrucción formal de la norma de excepción antes indicada, se expresa a través de un argumento deductivo, que lleva del cumplimiento de las premisas a la conclusión, es decir, finaliza en un silogismo subsuntivo en forma de *modus ponens*. En ese orden de ideas, se arriba a la conclusión de que se puede establecer el siguiente esquema lógico:

p; q; r; s; entonces, t.

Que también podría ser expresada en la siguiente forma:

p; q; r; s;  $\longrightarrow$  t.

En las formas lógicas indicadas, se puede representar formalmente la regla de excepción creada por la jurisprudencia; norma que como ya se indicó, es la que se ha construido por la jurisprudencia durante más de una década; ahora bien, entendida su forma lógica, se tiene que, a esa misma regla, en la decisión objeto de estudio, la misma Corporación le creó otra regla de excepción, incluyendo una nueva premisa con carácter excluyente para su aplicación.

En consecuencia, en la sentencia objeto de estudio, se adicionó una premisa que afecta el resultado en forma definitiva, pues incluyó otra propiedad al conjunto normativo, esto es, negar la conclusión cuando se trate de personas pensionadas en el RAIS (u); ello se produce, como lo señaló Atienza, del hecho de que los razonamientos jurídico y ordinario, no son monótonos, por lo que, las premisas son derrotables o revisables, lo que llevaría consigo una cláusula de “a

no ser que”<sup>18</sup>; por lo tanto, con la inclusión de esta premisa a la regla, se podría expresar su derrotabilidad de la siguiente forma:

p; q; r; s; entonces, t. “a no ser que” u  
p; q; r; s;  $\longrightarrow$  t. “a no ser que” u

Queda así expresada en su forma lógica la regla jurisprudencial creada, así como también, su derrotabilidad con la nueva premisa incluida en el marco normativo en la sentencia objeto de estudio; así se logra describir su lenguaje formal, pero que no agota su estudio, pues, aunque así se puede expresar, lo cierto es que nada nos dice sobre su concepto de razonabilidad o de coherencia en el sistema de principios y valores del ordenamiento jurídico, aspecto que se pasa a analizar en los siguientes acápite.

## Concepción material

En esta concepción, siguiendo a Atienza<sup>19</sup>, se procederá al estudio de las razones de los argumentos, es decir, las premisas utilizadas en la creación de la regla jurisprudencial y su derrotabilidad con la regla de excepción, ya no, desde el plano formal como se hizo en precedencia, sino que el proceder estará orientado a un análisis crítico para determinar su contenido de verdad y de corrección.

Este análisis se realizará con base en el razonamiento práctico, encaminado al campo de la justificación en sentido estricto, en el entendido de que las premisas son normas que involucran valores, por lo tanto, gozan de una dimensión objetiva, en el sentido de que el asunto no solo deriva de su existencia sino de su validez jurídica material; es por ello, que los aplicadores del derecho están en la obligación de fundamentar la justificación dentro del sistema normativo y los valores que lo dotan de sentido.

Los argumentos deben ser evaluados a partir de su relevancia en el ordenamiento jurídico, aspecto que se separa de la concepción formal, pues en este sentido dicha concepción únicamente encajaría en el aspecto de su aplicabilidad, cuestión que ya fue analizada con anterioridad; por el contrario, el estudio se centrará en la interpretación y la validez de los argumentos utilizados, asignándoles el peso de acuerdo a las ponderaciones que se realizaron en

---

<sup>18</sup> Atienza, 2022, pp. 192-193.

<sup>19</sup> Atienza, 2022, pp. 275-287.

la construcción de la regla, para así determinar las razones de corrección que fueron utilizadas con base en la unidad del razonamiento práctico.

En ese orden de ideas, se tendrá en cuenta el concepto de derrotabilidad, que, de conformidad con Rodenas<sup>20</sup>, se genera ante la indeterminación de los conceptos jurídicos, no solo desde el aspecto semántico en sus problemas de ambigüedad y vaguedad, sino en los problemas de coherencia normativa y congruencia, conceptos que deben entenderse como planteamientos sobre la compatibilidad entre los diferentes fines o valores que el derecho incorpora; por lo que, resulta necesario atender al estudio de las justificaciones subyacentes a las reglas, pues en ellas se puede generar también su derrotabilidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que es el análisis de los argumentos y el estudio de su coherencia normativa, lo que justifica la seguridad jurídica en un estado Social de Derecho, tal como lo sostiene Lifante<sup>21</sup>, al señalar que no solo el cumplimiento de una serie de rasgos formales del derecho lo justifica, sino que, es el compromiso con una serie de valores sustantivos que cumplen un papel fundamental para la generación de la previsibilidad, que es valiosa en el ordenamiento jurídico, en el sentido de que, obliga a maximizar las expectativas razonablemente fundadas a la luz de los principios y valores reconocidos por el propio derecho.

En los términos indicados, definida de manera concreta la concepción material, se procede entonces al análisis de sus normas y las razones subyacentes, para determinar si el resultado de las ponderaciones se encuentra ajustado a ese sistema de valores, entendiendo que el derecho tiene una doble dimensión, esto es, como una guía unitaria de la conducta, pero, a su vez, de protección de un conjunto más o menos ordenado de valores<sup>22</sup>, que exige el estudio de la validez material de las normas en clave de los desajustes entre la justificación subyacente de las normas y las ponderaciones que forman el derecho.

Como se indicó en la concepción formal, todo el proceso se fundamenta inicialmente en la prohibición que trajo consigo el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues esta norma, aunque reconoce el derecho a la libre elección de los afiliados a afiliarse en el régimen pensional de su preferencia, también lo restringe para un cierto

---

<sup>20</sup> Rodenas, 2012, pp. 31 – 44.

<sup>21</sup> Lifante, 2018, pp. 224 – 225.

<sup>22</sup> Rodenas, 2012, p. 74.

grupo de personas, esto es, a quienes les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez.

La justificación subyacente de esta norma, solo puede ser entendido en la funcionalidad del sistema y el principio formal de la sostenibilidad financiera<sup>23</sup>; por lo tanto, su objetivo era limitar que los afiliados tomaran a último momento la decisión de trasladarse entre regímenes pensionales, pues ello podría afectar el esquema de financiación de los sistemas privado y público, bajo el entendido de que, si bien ambos se nutren de los aportes de los afiliados, su distribución es diferente, pues el RPM corresponde a un fondo público conformado por todos los aportes realizados al sistema, mientras que, el privado se financia en forma individual con base en la capacidad de ahorro del afiliado.

Estas razones subyacentes apelan a un factor que debe ser atendido en el ordenamiento jurídico, pues la garantía y el reconocimiento de los derechos prestacionales, deben estar sustentados a través de los esquemas de financiación correspondientes; argumento que atiende al interés general para su sostenibilidad hacia el futuro, sobre todo, ante la nueva creación de los regímenes pensionales de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Definidas las razones subyacentes de la regla de prohibición de traslado entre regímenes pensionales, se advierte que el factor social como fuente creadora del derecho, siguiendo a Aguiló<sup>24</sup>, demostró con el paso del tiempo, que la norma prohibitiva colisionó en forma directa con otros fines y valores del Estado Constitucional.

En consecuencia, la norma prohibitiva trajo consigo la colisión con otras razones subyacentes, pues su aplicación con el tiempo generó la vulneración de la dignidad humana en su manifestación del mínimo vital y móvil en una gran parte de la población afiliada, lo que afectó los derechos derivados de la seguridad social, lesionó también el derecho al trabajo e incumplió la finalidad constitucional de garantizar un orden económico y social justo, de acuerdo a los argumentos que pasan a explicarse.

Los efectos en la sociedad se manifestaron en el escenario judicial, pues muchas personas se trasladaron ante el indebido manejo de la información, pues las AFP del sector privado, motivaron el traslado por la grave crisis financiera e institu-

---

<sup>23</sup> Principio de sostenibilidad financiera que fue positivizado con el Acto Legislativo 001 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional.

<sup>24</sup> Aguiló, 2012, p. 33.

cional de la administradora pública, sin que se hubiera realizado un adecuado estudio de cada caso particular, omitiendo el suministro de las características, así como los potenciales riesgos que podría desencadenar la decisión.

Todo ello llevó a que, personas que ya contaban con los requisitos para acceder al derecho a pensión en el régimen público, se trasladaran, o que, siendo beneficiarios del régimen de transición, condición con la que hubieran podido contar con mejores prerrogativas de su pensión, vieran sacrificadas esa expectativa, pues el solo traslado daba lugar a su pérdida<sup>25</sup>; lo anterior, sin duda alguna, es un inadecuado manejo de la información en beneficio de las administradoras de fondos de pensiones privadas, quienes a partir de su creación, iniciaron una publicidad masiva y omisiva de la información relevante, para motivar el traslado de los afiliados, sin tener en cuenta su obligación profesional, así como, la relevancia social en el objeto administrado, que no es otro que la seguridad social de los colombianos.

Es decir, dicho proceder conveniente a sus fines, generó el beneficio del traslado de un considerable grupo de personas, en contravía de sus derechos pensionales; es así como, los primeros casos conocidos por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria fueron personas que se pensionaron en el RAIS, cuyo traslado se dio en virtud de los engaños a los que fueron sometidos, así como por las omisiones relevantes, que en los casos particulares no advirtieron los riesgos, pues era evidente que eran personas que se encontraban *ad portas* de consolidar el derecho en el régimen público, o que, incluso, ya tenían consolidados los derechos a la pensión.

En consecuencia, la colisión de las razones subyacentes y los valores que orientan el ordenamiento jurídico, ante el indebido proceder de las administradoras de fondos de pensiones, dio lugar a que en el ejercicio ponderativo de colisión entre estos derechos, se matizara la obligación del deber de información en cabeza de las administradoras privadas, pues eran ellas quienes debían asesorar al potencial afiliado sobre su situación pensional, sus beneficios y riesgos en los regímenes pensionales; pero, por el contrario, lo probado desde el escenario judicial fue la motivación de su traslado por razones comerciales para su afiliación, lo que quedó acreditado en los pronunciamientos que dieron lugar a establecer la creación de la regla jurisprudencial.

Por lo tanto, la validez material de la prohibición legal de traslados entre regímenes pensionales queda cuestionada, cuando no se prueba el cumplimiento

---

<sup>25</sup> Inciso 4° artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

mínimo del deber de información. Regla jurisprudencial coherente con el orden valorativo que rige nuestro ordenamiento, que, resulta adecuada a los fines que inspiran la convivencia en la sociedad y el respeto por la seguridad social con relación a la dignidad humana en su manifestación del mínimo vital y móvil, al preferirse el aseguramiento de la información en privilegio de los derechos derivados de la seguridad social, pues una decisión consentida solo puede ser asumida válida ante el conocimiento informado de las consecuencias de su decisión.

De conformidad con lo anterior, queda demostrado que el balance realizado en la regla jurisprudencial, que exige el cumplimiento previo del deber de información, para dotar de validez material el acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales, resulta adecuada, y las razones subyacentes permiten sostener su coherencia y adecuación al sistema de valores del ordenamiento, en virtud de la importancia del derecho pensional para garantizar un orden social justo, como una de las finalidades a perseguir en virtud de la Constitución Nacional.

Ahora bien, definida la validez material de la regla jurisprudencial, debe formularse la pregunta, ¿qué tan válido resulta excluir de su aplicación a las personas que se pensionaron con el RAIS? aspecto que justamente es el discutido en la sentencia y que aporta el interés práctico y teórico del estudio de la decisión.

Las razones subyacentes de esa nueva regla, de acuerdo con las expresadas por la Corporación, son de tipo instrumental apelando a la seguridad jurídica y al principio de sostenibilidad financiera, principios formales que nuevamente se recogen para excluir a los pensionados en el RAIS; no obstante, estos argumentos no pueden dar lugar a excluir a los pensionados de su aplicación, pues ello implicaría negar las razones subyacentes que inspiraron la norma jurisprudencial inicial, que como ya se concluyó, resulta coherente con el sistema de valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico.

No puede haber personas más afectadas con el incumplimiento y omisión en el deber de información, que quienes se encuentran afectados de manera directa con el reconocimiento de la pensión en el RAIS; es decir, aquellas personas que debido al engaño o a la omisión en la información, se trasladaron al régimen privado sin poder retornar al régimen público, y resultaron afectados en su derecho pensional, con una mesada pensional que no se ajusta al esfuerzo de vida laboral, con la afectación de su dignidad humana en el entendido de que se ve afectado su mínimo vital en el período de su vejez.

Las ponderaciones últimas para justificar esta regla de exclusión, al dar mayor peso a la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera, terminan convali-

dando el indebido proceder de las AFP, es decir, legalizando su actuar irregular ante la omisión del deber de información, en contravía de las razones subyacentes que inspiraron la misma disposición creada por la jurisprudencia. Además, llama poderosamente la atención, que la exclusión se brindó sin justificación del grupo poblacional afectado, pues en las razones de utilidad expresadas para fundamentarlo, no expuso las graves afectaciones económicas al sistema, pues tan solo se fundó en la legalidad de los actos jurídicos celebrados y la imposibilidad de retrotraer los efectos legales, pero no ofrece el marco justificativo que permita ceder o desconocer las razones subyacentes que aplican al grupo excluido.

Si bien es cierto, se presentarían disfuncionalidades en el RAIS respecto de sus operaciones comerciales para retrotraer las condiciones al estado inicial, lo cierto es que, la mayor disfuncionalidad que produjo la regla de excepción, se deriva de la incoherencia con el sistema de principios y valores en el ordenamiento que trajo consigo, pues resulta contradictoria a sus fundamentos legales y axiológicos.

Lo anterior, resulta más grave por el carácter genérico de la norma, pues con pretensión universalista, excluyó a los pensionados en el RAIS, grupo poblacional que paradójicamente, fueron la razón fáctica y social que dio lugar a la creación de la norma desde el año 2008, pues fue por ellos que, se evidenció el engaño y las omisiones que dieron lugar a atender las razones subyacentes del ordenamiento, para matizar con mayor rigor el cumplimiento del deber de información.

Se ofrece como posibilidad a los pensionados, solicitar el reconocimiento de los perjuicios que se hubieren causado por la omisión del deber de información, incluso, sostiene la Corporación, que la solución debe ser el reconocimiento del mayor valor de las mesadas pensionales que se vieron afectadas, sin reparar que con esa solución, sí crean disfuncionalidades profundas, pues en forma alguna determinan el esquema de su financiación para su reparación, dejando más vacíos de los que pretendieron solucionar.

Además, de vital importancia, fijan la fecha de prescripción de esos perjuicios a partir del momento del reconocimiento pensional, es decir, en algunos casos, por el tiempo transcurrido, ya estarían prescritos los derechos, que en materia laboral corresponde a 3 años contados desde la fecha de su causación<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Artículo 488 CST.



Por lo tanto, las razones subyacentes que inspiraron la regla de excepción, no se aviene ajustada al sistema de valores y principios que orientan el ordenamiento jurídico, pues en forma alguna muestran la relevancia ni el peso para obtener el desconocimiento frente al grupo poblacional excluido con la decisión; pues en últimas, lo que generó la Corporación fue una laguna axiológica<sup>27</sup>, conclusión a la que se llega siguiendo a Ródenas, quien define, que se presenta cuando el sistema sí contiene una norma que solucione el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante.

Por ende, al no tomarse en cuenta la propiedad relevante del engaño y la omisión en los pensionados en el RAIS para su solución, lo que genera es una disfuncionalidad en el sistema pensional ante la indeterminación derivada de la falta de coherencia normativa o congruencia con el sistema de principios y valores en los términos explicados; por lo que, se concluye que primó el argumento de utilidad y no se justifica la implantación de la regla.

## Concepción pragmática

Esta concepción, como lo señala Atienza<sup>28</sup>, en el derecho como en otras disciplinas, se relleva en importancia a través del giro pragmático de la argumentación, pues cobran mayor relevancia e importancia los actores, los roles a cumplir en el diálogo, así como, la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad, destacándose como eje principal, la dialéctica y la retórica, cuyos elementos estructurales fueron traídos nuevamente a través de los precursores<sup>29</sup>, que siguiendo los estudios clásicos de Aristóteles, dotaron de un nuevo sentido y comprensión el estudio de la argumentación.

La concepción pragmática, no supone prescindir de las otras concepciones, por el contrario, encamina a ser conscientes de los límites de las concepciones formal y material, justamente para dar cuenta de la argumentación, entendida esta como una actividad, como un proceso, ello por cuanto, introduce elementos en los que se puede reconocer el diálogo y el consenso como factores para alcanzar la verdad o la corrección. Por consiguiente, esta concepción, más

---

<sup>27</sup> Siguiendo a Ródenas, se presenta esta laguna axiológica cuando “ese sistema sí contiene una norma que solucione el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante. 2012, p. 24.

<sup>28</sup> Atienza, 2022, pp. 363 - 365.

<sup>29</sup> Perelman, Toulmin y Viehweg. Cátedra presencial dictada en el Máster.

allá del mero análisis del discurso, es la parte del lenguaje que trata sobre los efectos que producen en la conducta dentro de la cual aparecen, es decir, sobre la sociedad a la cual se dirigen.

Para su desarrollo se tendrá en cuenta, conforme lo señala MacCormiCk<sup>30</sup>, la coherencia narrativa, es decir, el análisis de lo que se dice que fue el mundo antes y lo que se dice hacer de cómo es ahora, así como los efectos futuros de lo que puede acarrear desde el plano fáctico; en igual sentido se analizará su consistencia, que implica la noción de racionalidad y sistematicidad de la práctica jurídica, que lleva la idea básica de que ninguna norma jurídicamente válida, puede ser inconsistente con el resto de las normas que constituyen el sistema jurídico.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, la creación de ambos regímenes pensionales con la Ley 100 de 1993, se diseñó para optar por dos formas válidas para pensionarse, sin que, de manera alguna, estuviera dirigida a que una de ellas fuera más desventajosa, sino como alternativas para los afiliados para garantizar su pensión de vejez, según el sistema que más le resultara favorable según su caso particular. Por lo tanto, la exigencia y el cumplimiento del deber de información para tomar la decisión, se circunscribe como una obligación mínima y necesaria, para poder entender que el afiliado tomará una decisión adecuada para su futuro pensional.

En ese orden de ideas, su incumplimiento afecta a los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, puesto que, la decisión que se asuma de pertenecer a uno de los regímenes, se tomará sin una decisión informada que afecta la voluntad, y con ello, la validez material del acto jurídico del traslado. Esta fue la realidad que se impuso, casi de manera general, al entrar en operación la Ley 100 de 1993, toda vez que, en el afán de captar nuevos afiliados, las estrategias discursivas estaban orientadas a maximizar los problemas económicos del régimen público, así como las dificultades logísticas que tenía en su operación, es decir, se creó un ambiente propicio para las administradoras privadas, con el propósito de estimular las decisiones del traslado, motivados con información parcializada, sesgada y omisiva de las circunstancias que debían ser atendidas.

En la forma indicada, se tiene que esa era la visión del mundo en la seguridad social en pensiones en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el país, con una masiva afiliación al RAIS, con información parcializada y omisiva; situación que 15 años después, generó el conflicto normativo ya descrito en precedencia. Desde el

---

<sup>30</sup> García, 2017, p. 90.

escenario judicial, se planteó la solución para remediar dicha situación, esto fue, como factor de corrección, por el indebido actuar de las administradoras privadas en el cumplimiento del deber de información, se exigió su cumplimiento previo como requisito de validez del acto jurídico, so pena de su ineficacia.

En consecuencia, la regla jurisprudencial fijada inicialmente, trajo consigo una visión del mundo ajustada al factor de corrección utilizado, pues al exigir la demostración del deber de información para convalidar el acto jurídico del traslado, se subsanaron los conflictos generados a los afiliados, permitiéndoles el retorno al régimen público, con la posibilidad de acceder a mesadas pensionales ajustadas al nivel de ingreso de las cotizaciones efectuadas al sistema durante su vida laboral; asimismo, en los casos donde se materializó el daño, esto es, a las personas que se pensionaron en condiciones inferiores en el RAIS, se les permitió acceder al régimen público y obtener su pensión con una retribución digna acorde a su mínimo vital y móvil, materializándose la garantía de un orden económico y social justo, conforme a los fines y valores perseguidos en la Constitución Nacional.

De acuerdo con lo visto, se tiene que, la regla jurisprudencial cumple con las exigencias de coherencia narrativa, así como de consistencia en el ordenamiento jurídico, pues con la misma se dio aplicación a los valores y fines perseguidos en la Constitución. La conclusión a la cual arribó, se ajusta a la convicción general de bienestar, reflejado en los sistemas de seguridad social, que permite determinar en esa interpretación, la preferencia, la razonabilidad y la concreción de los valores jurídicos dispuestos para garantizar un orden social y económico justo, que se inclina a determinar, que la solución adoptada, cumple con el test de aceptabilidad, respecto al análisis de sus consecuencias de acuerdo con MacCormick<sup>31</sup>, lo anterior, teniendo en cuenta que ya fueron superados los test de coherencia y consistencia.

Si ello es así, sí se logró describir y mejorar el mundo ajustado a los valores que orientan el ordenamiento jurídico, por lo tanto, se considera que no resulta admisible la excepción creada en la sentencia SL 373 de 2021, frente a la aplicación de los pensionados en el RAIS, simplemente con estos argumentos utilizados en la decisión objeto de estudio, que se citan en forma textual:

“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque

---

<sup>31</sup> García, 2017, p. 96.

en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absoluta, pero por otras razones”.

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”.

De lo explicado, se considera que los argumentos expresados no tienen la entidad de superar los test de coherencia, consistencia y aceptabilidad en los términos indicados, puesto que, de manera alguna se presentó ninguna explicación trascendente que dé lugar a superar la regla inicial; por lo tanto, si se toma en serio la actividad judicial y las decisiones asumidas, cuyas definiciones y reglas serán usadas para casos futuros y se constituirán en razones universales para resolver otros casos, se llega a la conclusión de que el cambio normativo de la regla jurisprudencial, no se puede dar de esa forma, pues ello lo que evidencia es un cambio arbitrario, derivado de circunstancias de utilidad que no cumplen con su función justificativa.

Los argumentos expuestos, han existido desde la creación de la regla desde el 2008, pues la condición de pensionado y las distintas modalidades de pensión, con la participación de sus intervinientes ya estaban regladas; por lo tanto, no pueden hacerse valer ahora para desconocer una regla jurisprudencial que lleva más de 20 años aplicando. Sin duda alguna, lo que puede explicar la decisión, son los efectos fiscales y la sostenibilidad del sistema, es decir, una razón de utilidad, pero se aclara, dicho argumento fue utilizado sin mayores fundamentos y justificación, sino como una fatalidad de las relaciones jurídicas adquiridas; por lo que, se considera que no pueden dar lugar a entender por superados los juicios materiales que validaban la regla.

Como lo resalta Vega<sup>32</sup>, el compromiso material de la argumentación jurídica con valores, incluso cuando se invocan razones utilitarias o institucionales,

---

<sup>32</sup> Vega, 2023, p. 444.

deben ser de carácter constitutivo con el razonamiento práctico; por consiguiente, los valores prácticos, políticos y morales, son subordinantes a cualesquiera otros, y por ello, los valores de utilidad deben reforzarlos. Esto para entender el derecho como una práctica, cuya racionalidad de la decisión, debe apuntar a la mediación entre ambos.

Por ende, en la regla de excepción con relación a las personas pensionadas en el RAIS, no se advierte ningún compromiso valorativo con la finalidad de explicar la aplicación del criterio de utilidad, o por lo menos, expresar en forma razonada, porque debía realizarse un abandono parcial al criterio de corrección ya utilizado; pues lo que ocurrió fue, la exclusión arbitraria de un grupo de personas beneficiadas con la regla jurisprudencial por efectos de utilidad, con carácter general, sin cumplir los compromisos argumentativos para la fundamentación de la decisión judicial, pues ni siquiera se intentó argumentativamente la mediación en su aplicación con el criterio de corrección que, en forma contradictoria, también ratifican.

En consecuencia, la regla de excepción de aplicación de los afiliados con carácter de pensionado, no logra superar el test de coherencia, pues su narración cambió la visión del mundo, cercenando a las personas más afectadas de la regla que los protegía; tampoco el principio de consistencia, pues al no existir la fundamentación adecuada, no se crea la conexión con el orden valorativo que justifique la decisión desde el plano material, lo que la afecta de validez, pues, sin duda alguna, es una regla contradictoria con el criterio de corrección utilizado por la Corporación.

Asimismo, no se cumple con el test de aceptabilidad, pues no resulta plausible imponer una visión del mundo, que premie el acto irregular y convalide sustancialmente los daños ocasionados a los afiliados pensionados, negándose su oportunidad de retornar al RPM.

También es contradictorio, es que esa visión del mundo, de manera particular en el escenario judicial, propicia múltiples decisiones judiciales favorables a personas que cumplen los mismos requisitos sustanciales para la procedencia de la ineficacia de traslado, incluso en condiciones menos desfavorables que los pensionados, pero que, por su sola condición de pensionados en el RAIS, ya los priva de acceder, corregir y garantizar sus derechos sustanciales. Una decisión en ese sentido, no puede cumplir con las condiciones de validez material en nuestro ordenamiento jurídico.

## Resolución a los problemas jurídicos y posición crítica

De la valoración realizada a través de las concepciones formal, material y pragmática, ya se anticipó la respuesta a los problemas jurídicos; sin embargo, en forma concatenada realizaré el recuento de las conclusiones para solucionar el problema jurídico: ¿Determinar si las reglas de excepción creadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia gozan de validez material?

Para ello, baste recordar las razones subyacentes que fueron confrontadas en las ponderaciones iniciales realizadas por la Corporación, donde se determinó como factor de corrección, dar mayor prevalencia al deber de información, fijando las condiciones de su demostración y estableciendo la regla de la inversión de la carga probatoria; condicionamientos que se dieron en virtud de la actitud comprometida con el sistema de valores y principios que gobiernan el ordenamiento jurídico, para dar solución al problema social derivado de los efectos de las disposiciones normativas.

De tal manera que, el razonamiento inductivo de la regla, se mueve en la acreditación en juicio del cumplimiento del deber de información, el cual puede o no ser demostrado en el proceso, pero, los condicionamientos sí logran mediar las grandes diferencias entre las administradoras de fondos de pensiones y los afiliados, pues no puede ser premiado el irregular proceder ante el incumplimiento del deber de información solo por fines comerciales, pues el derecho que se contrapone, de naturaleza irrenunciable, es la seguridad social de los afiliados, en consonancia con la dignidad humana y el mínimo vital y móvil, que tienen mayor relevancia en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la respuesta a la primera regla de excepción creada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que efectivamente goza de validez material.

Frente a la regla de excepción a dicha regla, creada en la sentencia objeto de estudio, debe advertirse como ya se concluyó en precedencia, que la misma no resulta coherente ni congruente con el sistema de valores y principios que rigen el ordenamiento jurídico; pues de ella se advierte que, en la ponderación realizada, se hizo valer con mayor rigor los principios formales de la seguridad jurídica y de sostenibilidad financiera, sin que quedara justificado el sacrificio de los derechos sustanciales derivados del incumplimiento del deber de información.

En consonancia con lo elucubrado, se tiene que se abandonó ese compromiso con el sistema de valores de la primera regla, y es justamente ese salto argumen-

tativo, el que no queda del todo justificado con los argumentos expuestos, pues para entender la decisión, debe partirse de la conclusión de que no se cumplió en debida forma con el deber de información, y a su vez, en forma contradictoria, debe convalidarse tal irregularidad para evitar disfuncionalidades en el sistema frente a los pensionados.

Sin duda alguna, es un argumento utilitarista que pretende arrancar de raíz la esencia de la regla de excepción inicialmente creada en coherencia con el sistema de valores y principios simplemente por razones de utilidad; por lo tanto, no es adecuado el razonamiento, porque de la aplicación de la regla inicial, cumplidas las premisas relevantes para su aplicación, lógicamente se debía dar aplicación a la regla; las razones subyacentes de utilidad, no pueden tener mayor valor en un ordenamiento jurídico constitucional cuando resulta acreditada la violación a los derechos a la libre elección, seguridad social en consonancia con la dignidad humana y el mínimo vital y móvil.

Entonces, se considera que la regla de excepción en el caso de los pensionados en el RAIS, no cumple los parámetros para ser considerada con validez material en el ordenamiento jurídico, por lo que, no debería ser aplicada. De lo contrario, es perpetuar y admitir el indebido proceder de las administradoras de fondos de pensiones, que genera una laguna axiológica a los afiliados que ya hubieran obtenido la pensión en el RAIS.

La posible solución que se podría realizar en virtud de la laguna axiológica, sería como ya se indicó, dejar de aplicar esa regla de excepción por carecer de validez material y no continuar con su ejecución, aunque dicha situación no se ha presentado; por el contrario, se ha fortalecido su justificación, al resaltar la condición relevante de pensionado para su exclusión, dando preferencia a esa razón de utilidad<sup>33</sup>, sin reparar que dicho proceder, no está justificado en coherencia con el sistema de valores y principios que lo gobierna, por lo menos con el criterio de construcción creado por la misma Corporación.

Si bien, los efectos fiscales que preocupan a la Corporación son relevantes y deben ser tenidos en cuenta en su aplicación, no es razón suficiente, ni última, para eliminar el sustento material de las premisas contenidas en la regla; por el contrario, lo que demuestra es el escaso compromiso por mediar los derechos en clave con el sistema jurídico constitucional, exigencia que corresponde solucionar en el escenario judicial, sin que, crear una norma incoherente sea

---

<sup>33</sup> Sentencias SL 1609-2023; SL 1470-2023, entre otras.

la solución adecuada, pues incluso, con ese proceder y por no mediar razones justificativas, podría calificarse su establecimiento como arbitrario, abrogándose funciones legislativas que no son de su resorte.

La mediación entre los derechos y principios colisionados, no puede ser la eliminación de una característica relevante para su aplicación; por el contrario, era la oportunidad de ratificar la regla, pero con la valoración adecuada para determinar si se cumplen las premisas normativas contenidas en la línea argumentativa, claro que, la condición de pensionado es relevante, pero no para crear una exclusión en el sentido que lo hizo, sino para estudiarlo desde el escenario probatorio, para determinar la forma en que lo realizó, bajo qué modalidad se pensionó, si fue en forma anticipada a la edad de la vejez o no, como elementos de juicio para determinar la conclusión del caso.

En el caso particular analizado en la sentencia objeto de estudio, como lo definió en segunda instancia el Tribunal, sin apartarse de la regla, encontró que las premisas normativas en ese caso particular no se cumplen, pues para ello analizó desde el plano probatorio la reasesoría que le realizaron, sumado al hecho de que adquirió una pensión anticipada, de lo que concluyó el conocimiento y el disfrute del beneficio pensional característico de dicho régimen, lo que válidamente le permitió, en forma razonada, concluir su validez por el cumplimiento del deber de información por el estudio de dichos actos probatorios.

Esos argumentos, no fueron del todo rebatidos en el estudio particular por la Corte, pues aunque en la primera parte de su análisis, estudió y desestimó la prueba de la re-asesoría por su escasa información, no dijo nada frente al reconocimiento de la pensión anticipada, como factor para establecer, si con ello se logró superar el vacío en la información; de haberse estudiado, podría incluso mantener la misma decisión y hubiera hecho precisión frente a la aplicación de la regla en las premisas normativas con respeto a la seguridad jurídica material y la sostenibilidad financiera, sin la creación de la nueva norma, pues su justificación, no da lugar a la superación de las buenas razones que subyacen a la norma como se ha explicado.

En los términos expuestos, finaliza el análisis de la sentencia SL 373 de 2021, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con la resolución de los problemas jurídicos planteados, con la posición crítica frente a su resolución y las posibles soluciones al desajuste que se crea de su aplicación.



## Bibliografía

Aguiló Regla, Josep, 2012. Teoría General de las Fuentes del Derecho, Ed. Marcial Pons.

Atienza, Manuel, 1997. Derecho y Argumentación, Ed. Universidad Externado.

Atienza, Manuel, 2022. Curso de Argumentación Jurídica, séptima reimpresión, Ed. Trotta, Madrid.

Doxa, 2023, 30 años de Argumentación Jurídica en Alicante, n.º 46. Cuadernos de Filosofía del Derecho.

García Godínez, Miguel Ángel. Los Criterios de Corrección en la Teoría del Razonamiento Jurídico de Neil MacCormick. Centro de Estudios Constitucionales SCJN.

Linfante Vidal, Isabel, 2018. Argumentación e Interpretación Jurídica, Ed. Tirant Lo Blanch alternativa.

Ródenas, Ángeles, 2012. Los Intersticios del Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid.



# La asignación de retiro para miembros de la fuerza pública en Colombia

*Fernando Antonio Moreno González<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho; abogado; especialista en Derecho Administrativo, Derecho Tributario y Docencia Universitaria; *magister* en Derecho Administrativo y Derecho Penal y Criminología; docente de las Universidades Libre, Gran Colombia y Colegio Mayor de Cundinamarca, Santo Tomás. Contratista Ministerio de Educación; Correo electrónico: fernandomorenogonzalez@yahoo.es



## Resumen

Este artículo, propone una reflexión sobre la relevancia jurídica de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en Colombia. De esta forma, busca analizar desde el concepto mismo, la importancia de este régimen especial, que forma parte del sistema de pensiones, que a su vez integra el derecho a la seguridad social en el país. Además, pretende comprender cómo ese reconocimiento económico que surge en el marco de una relación laboral administrativa entre los miembros de la Fuerza Pública y el Estado, materializa un derecho que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha consolidado en sus pronunciamientos como un derecho esencial, que se constituye como un compromiso de los Estados, para avanzar en la disminución de escenarios que atenten de forma directa con la integridad y dignidad de los seres humanos en el trabajo. Todo lo anterior, desde la comprensión de la regulación normativa que existe en Colombia, establecida para garantizar la satisfacción de los derechos que integran la seguridad social y con ello, satisfacer las necesidades básicas del personal retirado y sus familias al retirarse del servicio.

## Introducción

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social es considerada un derecho fundamental, el cual se garantiza por medio de un sistema basado en cotizaciones que buscan, por medio del acceso a servicios, proteger la integridad y bienestar de las personas. De igual forma, representa un conjunto de políticas y programas establecidos para garantizar la dignidad humana, por medio de acciones que permitan reducir o prevenir la pobreza, así como la vulnerabilidad en todo el ciclo de la vida de los seres humanos.

Según el Informe Mundial sobre la Seguridad Social de la OIT: “el 20% de la población mundial en edad de trabajar, dispone de acceso a regímenes generales de seguridad social” (Organización Internacional del Trabajo -OIT- 2021).

Lo cual reitera el compromiso de los Estados, de establecer una política social cuyo objeto principal sea, brindar un sistema de calidad que permita a los diferentes beneficiarios, de acuerdo con sus particularidades y necesidades, acceder a servicios que de forma conjunta materialicen el cuidado íntegro de las diferentes aspectos de la vida de los seres humanos, tales como la salud, la vejez, entre otros para una vida digna.

Es así como, desde 1919 la OIT, ha estudiado diferentes escenarios para proteger a los trabajadores frente a los diferentes riesgos sociales. Para dar respuesta a esta necesidad, cada Estado tiene el compromiso de establecer unos sistemas basados en el régimen contributivo en el marco de tres objetivos: i) cobertura: población que el sistema cubre a través de los diferentes servicios que brinda; ii) suficiencia: relación de los beneficios económicos que se perciben en razón a los ingresos laborales y; iii) sostenibilidad: la estabilidad en términos de costos del sistema, destinados para garantizar el pago de las respectivas prestaciones a los diferentes beneficiarios (Organización Internacional del Trabajo OIT, 2021).

En ese orden de ideas, los distintos instrumentos normativos de la OIT, buscan consolidar la justicia social, para que cada Estado avance en la consolidación de los derechos sociales y, de esa manera puedan construir una agenda social que promueva el respeto por los derechos humanos y, en consecuencia, sea posible dignificar la vida de los trabajadores. En suma con lo anterior, diferentes instrumentos internacionales, han establecido una regulación garantista del derecho de la seguridad social, al considerarlo como un derecho que debe aplicarse, sin distinción alguna, y sobre el cual no pueden presentarse medidas atentatorias. Sin embargo, en la actualidad, existe una potestad abierta, que implica que los Estados pueden regular legislativamente lo concerniente, de acuerdo con las particularidades de su territorio, lo cual permite evidenciar la divergencia de regímenes que se pueden establecer en la materia.

Por su parte, en Colombia, a partir de 1991, se contemplaron nuevos lineamientos constitucionales enfocados en fortalecer el sistema de seguridad social. Actualmente, está integrado por: “el sistema general de seguridad social en salud, el sistema general de pensiones, el sistema general de riesgos laborales y el sistema de subsidio familiar” (Ley 100, 1993). En ese orden de ideas, este artículo centra su atención en el sistema general de pensiones, específicamente en el régimen especial, denominado asignación de retiro; el cual, es reconocido en miembros de la Fuerza Pública.

De acuerdo con la evolución normativa, este régimen especial del sistema pensional en Colombia, surge de la relación laboral administrativa que tienen dichos sujetos con el Estado, y se determinó de esta forma, dado el alcance de las responsabilidades y funciones laborales que tienen los mismos. En consonancia con lo anterior, se analizará el concepto de Fuerza Pública, el cual está integrado, por miembros de la Policía Nacional, el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea, ya sea en el rango de Oficiales o Suboficiales. De forma posterior, se revisará el concepto de asignación de retiro y, se identificarán los requisitos necesarios para su reconocimiento.

Para comprender dicho concepto, se presentará un recuento de la evolución normativa relacionada con la implementación de este régimen especial, denominado asignación de retiro, que de acuerdo con diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, se resalta que: “es una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y miembros de la fuerza pública” (Consejo de Estado, 2019). Es decir, militares de la Fuerza Aérea, Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Policía Nacional, resaltando que ocurre cuando:

*“(...) quienes al cese definitivo de la prestación de sus servicios y, tras reunir determinado requisitos legalmente establecidos, obtienen el reconocimiento y pago en forma mensual y vitalicia de una determinada suma de dinero que tiene como finalidad garantizar sus necesidades básicas, luego del servicio brindado al Estado”* (Consejo de Estado, 2019).

Es importante resaltar, que quienes son titulares del reconocimiento de ese derecho, como lo han señalado las Altas Cortes, están exentos de las reglas generales, ya que su obtención, tiene fundamento en los servicios brindados a nivel nacional, lo que lleva a la necesidad de establecer parámetros diferenciales. Con fundamento en lo anterior, se llevará a cabo un análisis de los elementos que confirman su carácter de derecho fundamental irrenunciable, en armonía con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

De ahí que, valga la pena cuestionar la importancia jurídica del régimen especial en materia de seguridad social, para los miembros de la fuerza pública, como trabajadores dependientes de un vínculo Estado-empleador. Razón por la cual, se formula la siguiente pregunta: ¿La asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública en Colombia garantiza el derecho fundamental a la seguridad social?

En el contexto en mención, este artículo corresponde a un análisis sociojurídico, por cuanto, a través del mismo, será posible vislumbrar la relación entre el derecho y la dinámica social; específicamente, a partir del estudio de la asignación de retiro en miembros de la fuerza pública en Colombia.

## Miembros de las fuerza pública

La Constitución Política de Colombia (1991), en el capítulo 7, de su título VII, define que: “La Fuerza Pública está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” (CP, 1991, art. 216); de este modo, en Colombia, las Fuerzas Militares están conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea” (art. 217). Por tal razón, el propósito de las Fuerzas Militares, radica en defender el orden constitucional, la soberanía, la integridad del territorio nacional y la independencia (Constitución Política, 1991). Mientras que, la misión de la Policía Nacional se enmarca en “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (CP, 1991, art. 218). En este orden de ideas, el marco jurídico colombiano, distancia de la actividad de policía, a los miembros de la Fuerzas Militares, al plantear unas disposiciones históricas, acorde a las cuales, se mantiene a la policía en la vida urbana y en la recuperación de una relación armónica, cordial y fraternal con la sociedad y, además, se promueve su desmilitarización.

Ahora bien, como dato relevante, de la historia constitucional de Colombia, el delegatario Francisco Rojas Birry, expresó, en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, desarrollada el 18 de febrero de 1991, tal como consta en la Gaceta Constitucional n. ° 18 (1991) que:

Para que se abra paso a la democratización de la Fuerza Pública (...) Los mecanismos que proponemos tienen que ver con la separación de las instituciones policiales de las propiamente militares y el acercamiento del servicio de policía a las comunidades locales (Gaceta Constitucional n. ° 18, p. 8).

A partir de dicha concepción, de la historia colombiana, la propuesta relacionada con el significado y alcance de la expresión Fuerza Pública, se concibe también, como una función, poder o facultad, y no como un organismo o



conjunto de cuerpos o instituciones; por medio del cual, se intuye la existencia de una capacidad, autoridad o autorización, para ejercer determinada función. En este sentido, resulta válido diferenciar, que un asunto es manifestar, que tanto la Policía Nacional como las Fuerzas Militares, ejecutan la función de fuerza pública, y otro muy distinto, es proponer que estos dos cuerpos integran la Fuerza Pública: el primer caso, hace referencia al ejercicio de una potestad o facultad; en tanto que el segundo, refiere a una estructura, sistema u organización (Gaceta Constitucional n. ° 23, p. 35).

Asimismo, en su propuesta de acto reformativo de la Constitución 103, presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente, Gustavo Zafra Roldán, manifestó lo siguiente: “La Ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de Policía Nacional con carácter civil y permanente, regulando lo relativo al régimen de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio” (Gaceta Constitucional n. ° 25, p. 26). De este modo, en la exposición de motivos señala, que los miembros de la Policía, deben tener una estructura de cuerpo civil, retomando iniciativas de 1983, cuando se le asignó una inspiración civil (pp. 26-27).

Entonces, ya que el orden público es un valor que depende del respeto a la dignidad humana en un Estado social de derecho, el fin de la Fuerza Pública termina siendo la protección de los derechos humanos que, a su vez, fundamentan y limitan el poder de sus miembros. Por consiguiente, las funciones de la Fuerza Pública, se limitan por aquellos principios constitucionales, y por la finalidad específica sobre el mantenimiento del orden público a nivel nacional, como base del libre ejercicio de las libertades democráticas (Constitución Política, 1991).

De esta forma, pese a las diferencias en su misión institucional, se considera a la Policía Nacional, como un componente de la fuerza pública, junto con las fuerzas militares. Para los diferentes miembros de estas instituciones, se establece dentro del marco normativo, un régimen común a partir de su carácter especial, en materia de reserva legal, la privación de grados, honores y pensiones (art. 220); el fuero penal (art. 221); la promoción profesional, cultural y social (Constitución Política de Colombia, 1991).

Por consiguiente, mientras los miembros de la Fuerza Pública, permanezcan en servicio activo, no podrán ejercer la función del sufragio, tampoco podrán intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos. (CP, 1991 art. 219). De acuerdo con la Corte Constitucional (2019), en Sentencia

C-430-2019, con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, señala que dicho carácter tiene la siguiente finalidad:

*El carácter no deliberante de la fuerza pública es una garantía de su neutralidad en el desarrollo de la vida política y democrática de la nación, neutralidad que es especialmente necesaria, debido a la facultad del uso de la fuerza y de las armas (...) Por ello, esta Corte ha dicho que la función de garante material de la democracia, que es un sistema abierto al debate público, le impide a la fuerza pública y a sus miembros – que ejercen el monopolio legítimo de la fuerza – intervenir en el mismo. (CC, Sentencia C-430/19).*

En suma, todas las anteriores prohibiciones para los efectivos de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares cesan, cuando el integrante de la fuerza pública pierde la connotación de servidor público en servicio activo; entonces, los policías y militares, una vez retirados del servicio, pueden retomar todos los derechos que les fueron recortados, mientras permanecieron activos.

De otra parte, a los efectivos de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, se les aplica la misma normativa prestacional y salarial, de modo que las disposiciones que debe aplicar el Gobierno Nacional para fijar las pensiones y las asignaciones de retiro, son las mismas para todos ellos y, de igual forma, el tiempo de servicio que se exige como mínimo para adquirir el derecho a la asignación de retiro, es el mismo para todos los miembros de la Fuerza Pública que ingresaron al escalafón, a partir del 1° de enero de 2005.

Igual tratamiento tienen los integrantes de la fuerza pública, con relación al otorgamiento de las pensiones de sobrevivencia, sustitución pensional y sustitución de asignaciones de retiro; y en cuanto a la pensión de invalidez, se reconoce paritariamente, de conformidad con el índice de disminución de la capacidad laboral, tanto para policías como para militares (Presidencia de la República de Colombia, 2004).

Es así como, el incremento anual del salario básico para los policías y militares, también es el mismo en cuanto a su porcentaje; de este modo, por ejemplo, el incremento salarial para todos los efectivos de la Fuerza Pública, fue del 2.61% para el año 2021; así se plasma en el Decreto 976 de ese año:

*“El Gobierno Nacional y las centrales y federaciones sindicales de los empleados públicos acordaron que, para el año 2021, el aumento salarial debe corresponder al incremento del IPC total certificado por el*

*DANE, más uno por ciento (1%), el cual debe regir a partir del 01 de enero del presente año. Que el incremento porcentual del IPC total de 2020 certificado por el DANE fue de uno punto sesenta y uno por ciento (1.61%) y, en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto, se ajustarán en dos puntos sesenta y uno por ciento (2.61%) para 2021, retroactivo al 01 de enero del presente año” (Decreto 976 de 2021).*

De hecho, este incremento es igualmente aplicable al personal policial o militar con asignación de retiro, pensionado y con sustitución de asignaciones de retiro o sustitución de pensión, de conformidad con el principio de oscilación: “las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado” (Decreto 4433 de 2004, art. 42).

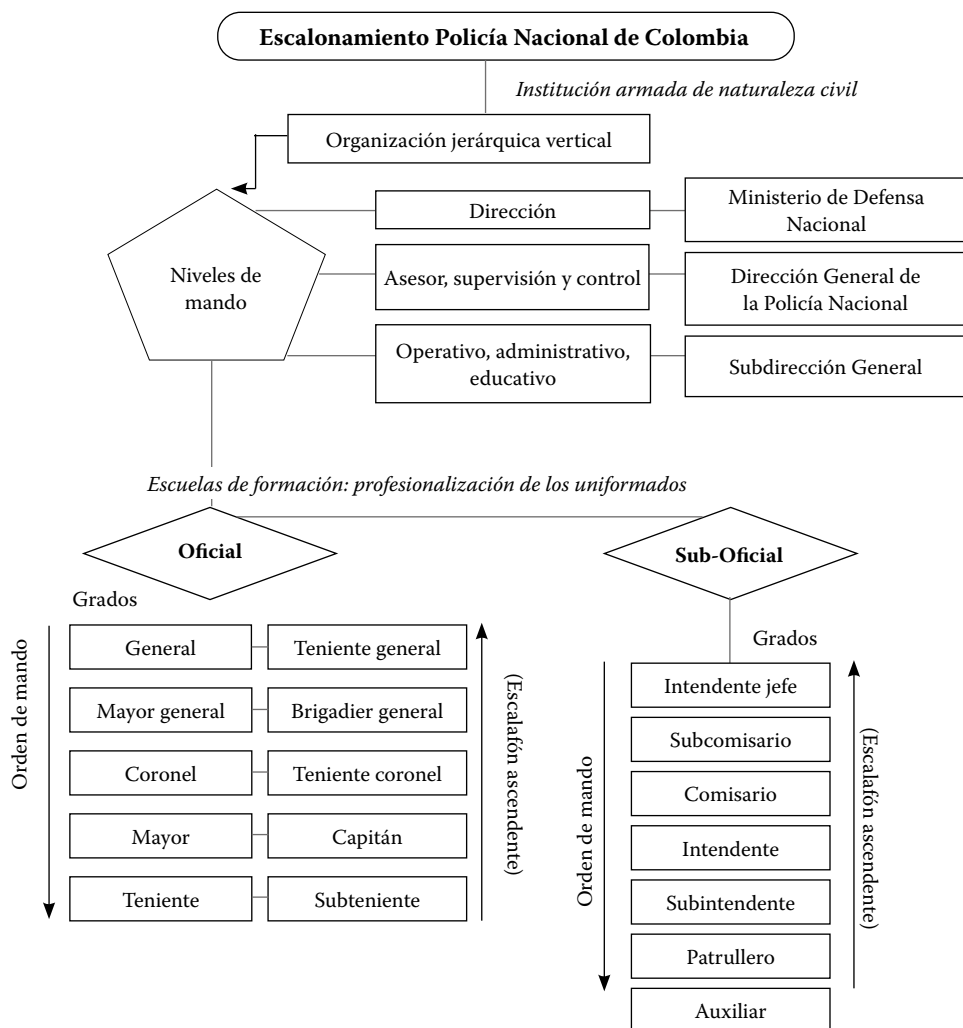
Ahora bien, en este punto, es importante señalar que, cada uno de los miembros de la Fuerza Pública, tiene su propia estructura jerárquica de rangos, que determina la posición, responsabilidad y autoridad de sus miembros. A continuación, una relación descriptiva de cada uno de ellos:

## **La Policía Nacional de Colombia**

De acuerdo con el artículo 218 constitucional, la Policía Nacional es: “Un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como asegurar que los habitantes convivan en paz” (CP, 1991, art. 218).

Respecto a su forma de organización, tiene rangos clasificados por dos grandes categorías: oficiales y suboficiales. Los rangos de oficiales, comienzan con el de Patrullero, seguido por el Subintendente de policía, Intendente, Teniente, Capitán, Mayor, Teniente Coronel, Coronel, Brigadier General y General de la Policía. Los suboficiales, en cambio, están compuestos por los rangos de Suboficial de Tercera, Suboficial de Segunda, Suboficial Primero, y Suboficial Mayor. Cada uno de estos rangos, implica una mayor responsabilidad y autoridad dentro de la institución, conforme, se evidencia en la siguiente gráfica:

**Gráfica 1.** Escalonamiento Policía Nacional de Colombia



Fuente: (Moreno 2023).

Por medio de estos rangos policiales, se establecen niveles de autoridad y de responsabilidades, que buscan de forma coordinada, lograr el mantenimiento de una seguridad que permita una convivencia pacífica, por medio de la cual, se ejerzan los derechos y libertades públicas en todos los territorios del país. De igual forma, contempla una diferencia salarial que corresponde al nivel de formación y de experiencia acumulada en el ejercicio de su labor de servicio con el Estado.







## El Ejército Nacional de Colombia

Esta fuerza militar, tiene dentro de sus responsabilidades, realizar operaciones militares, que garanticen la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial, así como, proteger a la población civil, los recursos privados y estatales, con el fin de generar un ambiente de paz, seguridad y desarrollo, que amparen el orden constitucional de la Nación.

Teniendo en cuenta que, su principal labor, se enfoca en la responsabilidad de defender la soberanía, la integridad del territorio colombiano, y de luchar contra las amenazas internas y externas, en el Ejército, los rangos se dividen en oficiales y suboficiales. Los rangos de oficiales comienzan en Subteniente, seguido por Teniente, Capitán, Mayor, Teniente Coronel, Coronel, Brigadier General, Mayor General, Teniente General y General del Ejército. En tanto que, los suboficiales del Ejército, tienen los rangos de Suboficial Primero, Suboficial Segundo, Suboficial Tercero, Suboficial Cuarto, Suboficial Quinto, Suboficial Sexto y Suboficial Mayor.

**Gráfico 2.** Rangos de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional

Rango Oficiales	Símbolo	Rango Suboficiales	Símbolo
Subteniente		Cabo Tercero	
Teniente		Cabo Segundo	
Capitán		Cabo Primero	
Mayor		Sargento Segundo	
Teniente Coronel		Sargento Viceprimero	
Coronel		Sargento Primero	

Rango Oficiales	Símbolo	Rango Suboficiales	Símbolo
Brigadier General		Sargento Mayor	
Mayor General		Sargento Mayor de Comando	
General		Sargento Mayor Comando Conjunto	

Fuente: elaboración propia, tomado de la página oficial del Ejército Nacional.

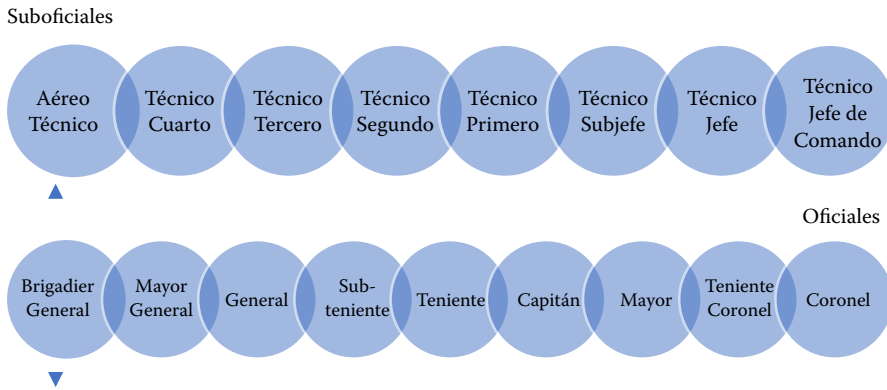
Los rangos militares, se representan por un conjunto de insignias militares, que permiten identificar en quien porta el uniforme, cuál es su identidad, escalafón, grado, arma y unidad. Dando cuenta de su antigüedad, autoridad y responsabilidades que tiene. Ahora bien, las insignias también se acompañan de distintivos militares, que permiten reconocer la especialidad de cada persona, en razón a los cursos, capacitaciones y entrenamientos que ha recibido en la escuela.

## Fuerza Aérea de Colombia

Esta fuerza aeroespacial, es responsable de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Los rangos dan cuenta de los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros. De esta forma, puede decirse que, la Fuerza Aérea de Colombia tiene como tarea, la defensa y la protección del espacio aéreo colombiano, así como el apoyo a misiones de búsqueda y rescate y, misiones humanitarias.

Respecto a los rangos en la Fuerza Aérea, estos se dividen en oficiales y suboficiales. El rango de oficial, inicia en Alférez, seguido de Teniente, Capitán, Mayor, Teniente Coronel, Coronel, Brigadier General, Mayor General, Teniente General y General del Aire. Los suboficiales de la Fuerza Aérea, tienen los rangos de Suboficial Primero, Suboficial Segundo, Suboficial Tercero, Suboficial Cuarto, Suboficial Quinto, Suboficial Sexto y Suboficial Mayor. El suboficial mayor, es el rango más alto en la jerarquía de los suboficiales de la Fuerza Aérea.

**Gráfica 3.** Rangos de oficiales y Suboficiales en la Fuerza Aérea.



Fuente: elaboración propia, tomado de la página oficial de la Fuerza Aérea de Colombia.

## Armada Nacional

Esta fuerza militar, tiene como función, contribuir a la defensa de la Nación mediante la aplicación del Poder Naval. En tal sentido, de acuerdo con la Corte Constitucional, en Sentencia T-286 de 2019, con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, indica que la defensa de la Nación se ejerce con el fin de:

“Consolidar y garantizar la seguridad territorial, de los cuidados y del Estado dentro de la jurisdicción de la misma. Además de las funciones de Seguridad y Defensa la Armada Nacional está llamada a participar en misiones orientadas a garantizar el empleo integral del mar por parte de la Nación. Para ello debe cumplir con actividades tanto militares como diplomáticas y de implementación de la ley y el orden” (Sentencia T-286/19).

La Armada Nacional de Colombia es responsable de proteger la soberanía marítima colombiana, así como de combatir el tráfico de drogas, el contrabando y la pesca ilegal. En la Armada, los rangos se dividen en oficiales y suboficiales. El rango de oficial inicia en Guardiamarina, seguido por Teniente de Corbeta, Teniente de Fragata, Teniente de Navío, Capitán de Corbeta, Capitán de Fragata, Capitán de Navío, Contralmirante, Vicealmirante y Almirante. Los suboficiales de la Armada, tienen los rangos de Suboficial Primero, Suboficial Segundo, Suboficial Tercero, Suboficial Cuarto, Suboficial Quinto, Suboficial Sexto y Suboficial Mayor. El rango más alto de los suboficiales es el suboficial mayor.

**Gráfico 4:** grados de los oficiales y suboficiales de la Armada Nacional

Navales de la Armada Nacional de Colombia		Infantes de Marina de la Armada Nacional de Colombia	
Oficiales	Suboficiales	Oficiales	Suboficiales
Almirante	Suboficial jefe técnico de comando conjunto	Subteniente	Cabo Tercero
Vicealmirante	Suboficial Jefe técnico de comando	Teniente	Cabo Segundo
Contraalmirante	Suboficial Jefe Técnico	Capitán	Cabo Primero
Capitán de Navío	Suboficial Jefe	Mayor	Sargento Segundo
Capitán de Fragata	Suboficial Primero	Teniente Coronel	Sargento Viceprimero
Capitán de Corbeta	Suboficial Segundo	Coronel	Sargento Primero
Teniente de Navío	Suboficial Tercero	Brigadier General	Sargento Mayor
Teniente de Fragata	Marinero Primero	Mayor General	Sargento Mayor de Comando
Teniente de Corbeta	Marinero Segundo	General	Sargento Mayor de Comando Conjunto

Fuente: elaboración propia, tomado de la página oficial de la Armada Nacional de Colombia.

En ese orden de ideas, la Policía Nacional es responsable de garantizar la seguridad ciudadana y el mantenimiento del orden público; el Ejército Nacional, de defender la soberanía y la integridad del territorio; la Fuerza Aérea, de proteger el espacio aéreo y; la Armada Nacional, de proteger la soberanía marítima. De acuerdo, con los diferentes rangos, los miembros de la Fuerza Pública de Colombia, estructuran, organizan, coordinan y planifican cada una de las operaciones, pero también el Estado establece una escala gradual porcentual que nivela la remuneración de los miembros activos de la Fuerza Pública.

Tal es la importancia de este aspecto, que la Constitución Política en el artículo 150, numeral 19, literal e, establece que: “la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, incluidos los integrantes de la fuerza pública, es una atribución que corresponde al Congreso” (CP art. 150). Es decir, la asignación básica del personal de la fuerza pública, está sujeta a los decretos que fijan las pautas para determinar el monto que devengarán sus miembros actualmente.



## La asignación de retiro

El marco normativo colombiano, denominó “asignación de retiro” a aquella prestación económica, que se asimila a la pensión de vejez, la cual es un régimen especial del sistema de pensiones, destinado para los miembros de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial, en razón a la naturaleza especial del servicio, que busca mejorar las condiciones económicas de quienes se envuelven en un ejercicio, que implica un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familias. Con esta modalidad, se espera beneficiar tanto a los oficiales como suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Para su reconocimiento, el Gobierno tiene en cuenta los principios constitucionales de universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad, eficiencia y solidaridad, con el interés de respetar todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, tras el cumplimiento de los requisitos establecidos, conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma. Ahora bien, esta prestación se rige bajo los parámetros establecidos principalmente en la Ley 100 de 1993. Marco normativo que de acuerdo con la Corte Constitucional, en Sentencia T-425 de 2016, con ponencia del magistrado Carlos Bernal Pulido:

“...(...) Permite a los miembros de la fuerza pública, continuar percibiendo un ingreso económico en el evento de que se produzca su desvinculación laboral por alguna de las siguientes causas: el llamamiento a calificar servicios, la voluntad de la Dirección General, la disminución de la capacidad psicofísica, por solicitud propia o en caso de que sean destituidos”.

A la fecha, rige el Decreto 4433 de 2004, para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en el artículo 25 estableció los siguientes requisitos para los oficiales y el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional:

*... “(...) Respecto de quienes ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, se reconocerá la asignación de retiro en un monto equivalente al 70% de las partidas computables. Este*

*porcentaje aumentará un 4% por cada año que exceda entre los 20 hasta los 24 años, sin que supere el 85%. De la misma manera, se estableció que este 85% aumentará un 2% por cada año, sin que el total sobrepase 95%. Estos presupuestos aplican también a los uniformados que hayan cumplido 55 años de edad si son hombres y 50 años de edad si son mujeres o cuando el retiro se produzca por solicitud propia, al cumplir 20 años de servicio” (Decreto 4433, 2004).*

## **Evolución normativa del reconocimiento de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública**

Como afirma Ana María Muñoz, en su libro “La historia del régimen de vejez en Colombia” las asignaciones de retiro militar, fueron la primera semilla en la construcción de un sistema de protección a la vejez. Por medio del cual, se creó un mecanismo de protección que reconocía una por medio de la Ley del 8 de octubre de 1821, el montepío militar, como un mecanismo de protección, que reconocía una especie de pensión a los militares, a sus viudas e hijos. Es así como, el marco normativo relacionado con el retiro del personal, ha experimentado varias modificaciones a lo largo del tiempo. A continuación, se resumen las principales disposiciones y cómo operan las causales de retiro en el contexto de la asignación de retiro en Colombia:

En primer lugar, los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, que expidió el Presidente, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 66 de 1989, reformando los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

De forma posterior, acercándose al actual marco normativo, en Colombia, con la Ley 100 de 1993, dio lugar al sistema de seguridad social integral, y en su artículo 279, hizo referencia a las excepciones a los regímenes de pensión en el sistema integral de seguridad social. Señalando de forma específica lo siguiente:

*El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a la personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

En esos términos, la asignación de retiro, se estableció en Colombia como:

*“(...) Una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y los miembros de la fuerza pública que son las fuerzas militares y la policía nacional, causados, por el cese definitivo de la prestación de los servicios. Es así como, estos miembros se hacen acreedores al reconocimiento y pago en forma mensual y vitalicia de una determinada suma de dinero que tiene como finalidad garantizar, al menos, la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador retirado y las de su familia” (Corte Constitucional, 2016).*

Asimismo, la Ley 857 de 2003, reguló el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, determinó las causales de retiro, incluyendo el retiro por llamamiento a calificar servicios, razones del servicio y la posibilidad que de manera discrecional, el Gobierno Nacional para los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para los Suboficiales, tuvieran la potestad de disponer el retiro con cualquier tiempo de servicio.

Pero más adelante, la Ley 923 de 2004, consagró las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, según lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. También, el Decreto 1157 de 2014, fijó el régimen de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, en el que se dispuso, que los miembros tienen derecho a una asignación mensual de retiro si cumplen ciertos requisitos, como haber sido retirados después de 15 años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, disminución de la capacidad psicofísica, voluntad del Gobierno o la Dirección General de la Policía Nacional, o retiro a solicitud propia con más de 20 años de servicio.

De forma posterior, la Ley 2179 de 2021, estableció las normas relacionadas con el régimen especial de carrera de personal uniformado, definiendo causales de retiro que incluyen el retiro temporal con pase a la reserva, solicitud propia, llamamiento a calificar servicios, incapacidad, destitución, entre otras. A la par, otorgó al Director General de la Policía Nacional, la facultad de disponer el retiro en ciertos casos.

El Decreto 668 de 2022, fija los regímenes especiales en materia salarial, prescricional, pensional y de asignación de retiro, para el personal de patrulleros de la Policía Nacional, definiendo porcentajes de asignación de retiro basados en el tiempo de servicio y las condiciones de retiro. En resumen, las causales de retiro en Colombia para los miembros de la Fuerza Pública, especialmente en

el contexto de la asignación de retiro, están relacionadas con factores como el tiempo de servicio, la voluntad de la institución, el llamamiento a calificar servicios, la disminución de la capacidad psicofísica, la solicitud propia, la destitución, entre otras. Estas causales determinan, si un miembro cumple con los requisitos para recibir una asignación mensual de retiro y en cuál porcentaje, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento. A continuación, los principales aspectos que se fueron modificando con el transcurso de los años:

**Tabla 1.** Evolución normativa de la asignación de retiro

Norma	Objetivo	Principales modificaciones
Ley 857 de 2003	Regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Retiro de personal: situación por la cual, cesa la obligación de prestar servicio para el personal, sin perder el grado.</li> <li>- El retiro de los Oficiales, deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.</li> <li>- El personal, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, solo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.</li> <li>- Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio.</li> </ul>
Decreto 1157 de 2014	Fijar el régimen de asignación de retiro.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Requisitos: i) retirados del servicio activo después de 15 años de servicio; ii) por llamamiento a calificar servicios; iii) por disminución de la capacidad psicofísica; iv) por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional y; v) los que se retiren a solicitud propia, o sean separados en forma absoluta, con más de 20 años de servicio.</li> <li>- Reconocimiento: se terminen los 3 meses de alta, a que se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al 50%, por los primeros 15 años de servicio y un 4% más, por cada año que exceda de los 15, hasta el 85%, incrementado en un 2% por cada año adicional después de los 24 años de servicio, sin que el total sobrepase el 95% de las partidas computables.</li> </ul>

Norma	Objetivo	Principales modificaciones
Decreto 1791 de 2000	Modificar las normas de carrera del personal de Oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Causal de retiro: i) solicitud propia; ii) llamamiento a calificar servicios; iii) disminución de la capacidad psicofísica; iv) incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez; v) voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes; vi) destitución; vii) no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial; viii) incapacidad académica, desaparecimiento, muerte, no superar la validación de competencias, decisión judicial o administrativa, inhabilidad o, separación absoluta.</li> <li>- El personal de la Policía Nacional, solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio.</li> <li>- El personal del Nivel Ejecutivo, únicamente podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio.</li> </ul>
Decreto 754 de 2019	Fijó el régimen de asignación de retiro del personal que ingresó al escalafón por incorporación directa de la Policía Nacional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con 15 años o más de servicio.</li> <li>- Causales: por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía, o por disminución de la capacidad psicofísica.</li> <li>- Los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a: <ul style="list-style-type: none"> <li>Un 50% del monto de las partidas por los primeros 15 años de servicio.</li> <li>Un 4% más por cada año que exceda de los 15, hasta cumplir los 19 años.</li> <li>Un 9% al cumplir los 20 años de servicio.</li> </ul> </li> </ul> <p>Asimismo, se incrementará en un 2% por cada año que exceda de 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.</p>

Norma	Objetivo	Principales modificaciones
Decreto 4433 de 2004	Fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años.</li> <li>- Por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio.</li> </ul> <p>La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional pagará una asignación mensual de retiro, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables por los primeros veinte (20) años de servicio.</li> <li>- El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).</li> <li>- El ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.</li> <li>- Tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.</li> </ul>
Ley 2179 de 2021	Establecen normas relacionadas con el régimen especial de carrera de personal uniformado	<p>Causales de retiro:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Retiro temporal con pase a la reserva, ya sea por solicitud propia, o por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial.</li> <li>- Por llamamiento a calificar servicios, retiro absoluto, incapacidad absoluta o permanente, destitución, voluntad del Director General de la Policía Nacional, no superar la escala de medición de la norma de Evaluación del Desempeño, desaparecimiento, muerte, separación absoluta, decisión judicial o administrativa, inhabilidad; no superar la validación de competencias.</li> <li>- El Director General de la Policía Nacional, podrá disponer el retiro de los Patrulleros de Policía con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Patrulleros de Policía.</li> </ul>

Norma	Objetivo	Principales modificaciones
Decreto 668 de 2022	Fija los regímenes especiales en materia salarial, prestacional, pensional y de asignación de retiro para el personal de patrulleros de la Policía Nacional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El Patrullero de Policía cuando sea retirado de la institución con 20 años o más de servicio, por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía Nacional, o por disminución de la capacidad psicofísica.</li> <li>- El que se retire a solicitud propia o sea retirado después de 25 años de servicio, tendrá derecho a que a través de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro así:               <ul style="list-style-type: none"> <li>a) El 70% del monto de las partidas a que se refiere el artículo 51 del presente Decreto, por los primeros 20 años de servicio.</li> <li>b) El porcentaje indicado en el literal anterior, se adicionará en un 4% por cada año que exceda de los 20, hasta los 24 años, sin sobrepasar el 85%.</li> <li>c) A su vez, el 85% de que trata el literal anterior, se adicionará en un 2% por cada año, sin que el total sobrepase el 95% de las partidas de liquidación.</li> </ul> </li> </ul>

Fuente: elaboración propia de acuerdo a los diferentes instrumentos normativos.

El avance normativo relacionado con las causales de retiro y la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, representan un sistema legal que regula el proceso de retiro del personal uniformado, estableciendo las condiciones bajo las cuales, un miembro puede retirarse de la institución y cuáles son los beneficios asociados a su retiro. De esta forma, la existencia de causales de retiro claras, proporciona a los miembros de la Fuerza Pública una guía sobre cuándo y cómo pueden prestar su servicio con el Estado. Aspecto crucial para su planificación de carrera, ya que les permite tomar decisiones informadas sobre su futuro y jubilación. Además, las normas de asignación de retiro aseguran, que aquellos que han servido durante un cierto período, reciban una compensación adecuada para su retiro, lo que es esencial para su bienestar económico después de dejar el servicio activo.

Aunado a lo expuesto, estas normas también son importantes, ya que contribuyen a la gestión de su personal y a la planificación de recursos humanos. Al establecer reglas claras sobre el retiro, la institución puede gestionar de manera más eficiente su fuerza laboral y asegurarse que sus miembros sean tratados de manera justa y equitativa en su transición a la vida civil. En resumen, el avance normativo en lo que respecta a las causales y asignación de retiro, es funda-

mental para proporcionar estabilidad y seguridad a los miembros de la Fuerza Pública, al mismo tiempo que garantiza una gestión adecuada del personal en la institución. Estas normas, son esenciales para avanzar en la consolidación de la agenda social, en la cual el Estado prioriza un escenario laboral que garantice los principios constitucionales. Lo anterior, con la finalidad directa de permitir: “la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna”.

Finalmente, en forma de reflexión: “El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces, un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece, el régimen de seguridad social dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social”.

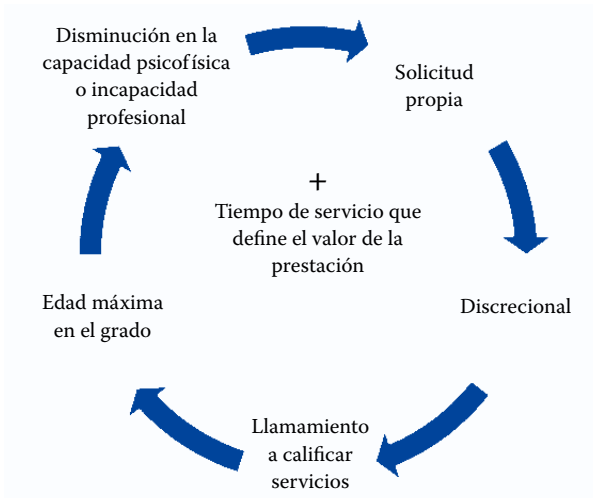
Esta misma orientación, se garantiza en la asignación de retiro, como régimen especial, donde los miembros de la Fuerza Pública, de acuerdo con el servicio brindado para defender la soberanía del Estado, reciben con requisitos diferentes a los generales una remuneración de acuerdo con el ejercicio de sus responsabilidades, mientras estuvieron activos en cada una de sus instituciones.

## Requisitos para acceder a la asignación de retiro

En primer lugar, resulta clave indicar que, para la verificación de los requisitos establecidos en la Ley, se previó la creación de las Cajas de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil– y de la Policía -Casur-, para el reconocimiento pago de las asignaciones de retiro, para oficiales, suboficiales y soldados profesionales de la Fuerza Pública. Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004, señala los criterios que deben observarse, para fijar el régimen de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. A continuación, las causales:



**Gráfico 5.** Causales de retiro para la asignación de retiro



Fuente: elaboración propia conforme a la disposición normativa

## Requisitos para los miembros de las fuerzas militares

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que estén en servicio activo en la fecha en que entre en vigor el Decreto 4433, y que sean retirados por distintas circunstancias, como el llamamiento a calificar servicios, el retiro discrecional, superar la edad máxima correspondiente al grado, presentar disminución de la capacidad psicofísica o incapacidad profesional, así como aquellos que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados de manera absoluta después de completar 20 años de servicio, tienen el derecho, a partir de la fecha en que concluyan los 3 meses de alta, a recibir una asignación mensual de retiro proporcionada de la siguiente manera:

*“(...) Un sesenta y dos (62) % del monto de las partidas computables por los 18 primeros años de servicio. Adicionalmente, se suma un cuatro (4) % por cada año que exceda de los 18 hasta los 24 años, sin sobrepasar el ochenta y cinco (85) %. Este ochenta y cinco (85)% se incrementa en un dos (2) % por cada año adicional a los primeros 24 años, sin que el total sobrepase un noventa y cinco (95)% de las partidas computables(Decreto 4433, 2004).*

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 y que sean retirados

después de 20 años de servicio, ya sea por llamamiento a calificar servicios, retiro discrecional, sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, disminución de la capacidad psicofísica, incapacidad profesional, o quienes se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados de forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho, a partir de la fecha en que concluyan los 3 meses de alta, a recibir una asignación mensual de retiro, la cual se calculará de la siguiente manera:

*“(...) El 70% del monto de las partidas computables por los primeros 20 años de servicio. Adicionalmente, se sumará un 4% por cada año adicional que exceda los 20 hasta un máximo de 24 años, sin sobrepasar el 85%. A su vez, el 85% se aumentará en un 2% por cada año adicional, siempre y cuando no se sobrepase el 95% de las partidas computables en total” (Decreto 4433, 2004).*

También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan 20 o más años de servicio y hayan cumplido 55 años de edad los hombres y 50 años de edad las mujeres.

Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De otra parte, los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433, sean retirados después de 18 años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o separados en forma absoluta con más de 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

*“(...) Se calculará un 62% del total correspondiente a las partidas computables durante los primeros 18 años de servicio. Además, se incrementará*

*este porcentaje en un 4% por cada año adicional de servicio que exceda los 18 años, con un límite máximo de 24 años, sin exceder el 85% en total. Por último, dicho 85% se aumentará en un 2% por cada año adicional sin que la suma total exceda el 95% de las partidas computables” (Decreto 4433, 2004).*

Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433, tuvieren 15 o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

*“(...) Se calculará un 50% del total correspondiente a las partidas computables por los primeros 15 años de servicio, y se sumará un 4% adicional por cada año que exceda de los 15 hasta un máximo de 24 años, sin superar el 85% en total. Asimismo, el 85% mencionado se incrementará en un 2% por cada año adicional a los primeros 24 años, sin que la suma total sobrepase el 95% de las partidas computables” (Decreto 4433, 2004).*

Para aquellos Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se retiraron antes del 17 de diciembre de 1968 con 30 años o más de servicio, se mantendrá el beneficio de percibir una asignación de retiro reajustada al 95% de las partidas incluidas en cada caso para su respectiva asignación.

Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

*“(...) Se calculará un 70% del total correspondiente a las partidas computables por los primeros 20 años de servicio. Además, este porcentaje se aumentará en un 4% por cada año adicional de servicio que exceda los 20 hasta un máximo de 24 años, sin superar el 85% en total. Asimismo, el 85% mencionado se incrementará en un 2% por cada año adicional,*

*siempre y cuando la suma total no exceda el 95% de las partidas computables” (Decreto 4433, 2004).*

Además, los oficiales y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, y que cuenten con 20 años de servicio en la Policía Nacional, cumpliendo 55 años de edad en el caso de los hombres o 50 años de edad en el caso de las mujeres, tendrán derecho al pago de una asignación mensual de retiro, de acuerdo con las condiciones establecidas en el mismo artículo.

En lo concerniente al personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con 20 años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros 20 años de servicio y 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase 100% de tales partidas (*Decreto 4433, 2004*).

La fuente para atender el pago de las asignaciones de retiro, corresponde en su mayoría a recursos del presupuesto nacional que son transferidos a las Cajas de Retiro de Sueldos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y una mínima parte como rentas propias de las Cajas.

Los aportes destinados a financiar el pago de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, se encuentran regulados en los artículos 17 y 26 del Decreto 4433 de 2004, en los que se incluyen los factores que dan lugar a los aportes con destino a las Cajas de Retiro, los cuales son descontados mensualmente de la nómina de cada miembro de la Fuerza Pública y girados a la respectiva Caja (*Decreto 4433, 2004*).

El artículo 17 regula lo relacionado con las Fuerzas Militares, al precisar que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de la siguiente forma: Los aportes, tanto para los miembros de las Fuerzas Militares como para los soldados profesionales en servicio activo, se definen detalladamente en el Decreto 4433, y comprenden distintos aspectos. Para los miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 13

del mencionado decreto, establece los siguientes aportes: Un 35% del primer sueldo básico se destina como aporte de afiliación. Se añade un aporte mensual del 5% sobre las partidas contempladas en el artículo 13. Además, se considera el monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes 10 días a partir de la fecha en que se genere dicho aumento (*Decreto 4433, 2004*).

A su turno, el artículo 18 de este decreto, regula los aportes de los soldados profesionales en servicio activo: Un 35% del primer salario mensual, se asigna como aporte de afiliación. Se considera el monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes 10 días desde que se origine dicho incremento. Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, se efectúa un aporte mensual del 5%. El aporte correspondiente a la prima de antigüedad, se calcula de acuerdo con los siguientes porcentajes en función del tiempo de servicio:

- 100% durante los primeros cinco (5) años.
- 86.3% durante el sexto (6) año.
- 69.1% durante el séptimo (7) año.
- 57.6% durante el octavo (8) año.
- 49.3% durante el noveno (9) año.
- 43.2% durante el décimo (10) año.
- 38.5% a partir del año once (11) de servicio y en adelante.

En el caso de la Policía Nacional, el artículo 26 del Decreto 4433 de 2004, especifica los aportes para Oficiales, Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes en servicio activo: Un 35% del primer sueldo básico, se establece como aporte de afiliación y, se añade un aporte mensual del 5% sobre las partidas contempladas en el artículo 23 del Decreto 4433 (*Decreto 4433, 2004*).

## **Base de liquidación de la asignación de retiro**

El fundamento jurídico, está contenido en los artículos 13 y 23 del Decreto 4433 de 2004. El primero, refiere a las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares; respecto de los Oficiales y Suboficiales, incluye el sueldo básico, las primas de actividad, de vuelo, de antigüedad y de estado mayor, los gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, y la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro (*Decreto 4433, 2004*).

Para el caso de los soldados profesionales, se consagra el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000 y, la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto 4433. Aclara la norma, que en adición a las partidas específicamente señaladas, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, son computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

El segundo, es decir el artículo 23, señala los conceptos computables para la liquidación de la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional; en lo que atañe a Oficiales, Suboficiales y Agentes, incluye el sueldo básico, las primas de actividad, antigüedad, de academia superior, de vuelo, los gastos de representación para Oficiales Generales, el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, la bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos 30 años como agentes, sin contar los tiempos dobles, y la duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro (*Decreto 4433, 2004*).

Para los miembros del Nivel Ejecutivo, se cuenta el sueldo básico, la prima de retorno a la experiencia, el subsidio de alimentación, la duodécima parte de las primas de servicio, de vacaciones y de navidad devengada y liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. También señala la norma que, en adición a las partidas específicamente mencionadas, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro.

## Perspectiva a futuro

Para analizar la asignación de retiro, con los parámetros internacionales, orientados por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), resulta clave, hacer referencia a Rawls, a quien, se le atribuye ser el precursor de la filosofía política liberal, por incorporar a la tradición individualista, la idea de que las sociedades tienen desigualdades que han pasado a través del tiempo, como también modos sistemáticos que otorgan jerarquías de poder, estatus y dinero, permitiendo una relación con la garantía de derechos fundamentales (Vidal M., 2009, p. 3).

En primer lugar, de acuerdo con Rawls (2006, p. 17), la justicia es una de las virtudes más importantes de las instituciones de la sociedad; dado que no

importa si una de aquellas instituciones resalta entre las demás por su orden y su eficiencia, lo más relevante es que sea justa; pues, si no lo es, debe ser objeto de reforma o de abolición. Entonces vale la pena, cuestionar si la forma en la que está ordenada la Fuerza Pública en términos de trabajo y asignación de retiro, resulta ser justa respecto a los intereses fundamentales del derecho laboral, especialmente, en lo que tiene que ver con el derecho a la seguridad social.

En una sociedad, cualquiera que sea, pese a ser considerada como un “sistema de cooperación” (Rawls, 2006, p. 18), busca el bienestar de todos los que la componen, pues siempre hay tanto identidades como conflictos de intereses; identidades, en cuanto a que tal cooperación se desarrolla, en función de una vida mejor para todos, más de lo que pudieran tener fuera del grupo social y; conflictos, en el entendido de que no hay indiferencia entre las personas, respecto a cómo son distribuidos los beneficios entre ellos y cuán mayor anhelaban su participación frente a ellos.

Ahora bien, la anterior figura del sistema de pensiones en Colombia, se analiza en término de igualdad de oportunidades, se deriva del lugar ocupado por los individuos en la sociedad; ya que, naturalmente, busca reducir las desigualdades en dicha posición; por ello, la movilidad social deja de ser un asunto priorizado, por cuanto “las acciones tenderán a acercar posiciones y no tanto a igualar oportunidades de acceso a esas posiciones” (Osuna, 2016, pág. 96).

Por ende, el principio de igualdad de oportunidades implica, que las desigualdades socioeconómicas deben asociarse “a cargos y posiciones abiertas a todos” (Rawls, 1995, pp. 67-68), bajo los dictados de la equitativa igualdad de oportunidades; así como también, debe propender hacia la maximización del beneficio de quienes son menos aventajados. En efecto, este principio se refiere a desigualdades socioeconómicas tales como, la distribución de la riqueza, sobre la cual se establece que, pese a que no debe ser la misma para todos los miembros de la sociedad, sí debe asegurar una ventaja común. Por esta razón, las instituciones desempeñan un rol de definición esencial, a través del cual, se valen de su autoridad y responsabilidad para definir las desigualdades y el acceso equitativo a las oportunidades, con especial asignación a los menos aventajados (Landeró O., 2017, p. 24).

En este sentido, los menos aventajados lo son, debido a la denominada lotería natural, que se refiere a todas aquellas características genéticas y ventajas naturales innatas, lo cual ubica a una persona en un escenario sociocultural específico, con el fin de que se desarrolle en vida (Flores M., 2017, pág. 38); de

manera que, el Estado está llamado a asegurar la satisfacción de sus necesidades por medio de una justa distribución o redistribución de la riqueza y de los bienes.

Todo lo anterior, se relaciona con la capacidad del individuo para formar y ser consciente del sentido de la justicia, del cual se espera, de forma razonable, que las desigualdades sociales sean ventajosas para todos (principio de diferencia). De este modo, Osorio (2010) afirma, que la cooperación social voluntaria, al ser más estable que la impuesta además de la priorización de las libertades sobre lo que el autor denomina bienes secundarios, definen “un sistema de cooperación voluntario más estable que otros muchos principios” (p. 151).

En consecuencia, el igualitarismo, propiamente dicho, no implica la realización de la igualdad de oportunidades “ni motiva a las personas a ser mejor cada día” (Flores M., 2017, p.39), tal como sí puede representar la igualdad basada en la justicia; ya que “las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y solo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad” (p. 39).

No obstante, el sociólogo francés, François Dubet, exdirector de estudios en la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales y exprofesor en la Universidad de Burdeos, establece que, la igualdad de posiciones y la igualdad de oportunidades, son dos figuras antagónicas que constituyen los pilares de la justicia social. De este modo, pese a ser tan diferentes, propenden hacia la disminución de las contradicciones de las democracias contemporáneas acerca de “la igualdad de los individuos y las inequidades sociales” (Osuna, 2016, p. 93).

Es allí, donde se acude a la máxima del principio de diferencia, que solo se justifica si las desigualdades se desarrollan en función del beneficio de los menos aventajados, motivo por el cual, Rawls sostiene lo siguiente:

Las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, solo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad (...) Que algunos debían tener menos con objeto de que otros prosperen puede ser ventajoso pero no es justo. Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas. (Rawls, 1995, p. 27)



Consecuentemente, a través del principio de diferencia, se aplica el criterio del maximin, que minimiza los efectos perjudiciales de las situaciones desfavorables, justificando la desigualdad, siempre que represente un provecho común, en especial, para los menos aventajados; entonces, las desigualdades socioeconómicas, están llamadas a modificar sus efectos con el objetivo de reportar mayores beneficios a quienes son menos favorecidos (Landerero O., 2017, p. 24).

Por tal motivo, a través de este principio, se espera que las desigualdades sociales y económicas sean ventajosas para todos, de forma razonable; así como que, generen acceso general a empleos, cargos y oportunidades; ya que incluye un aspecto de fraternidad y solidaridad moral, que propende hacia una igual apreciación social, excluyente de privilegios y desventajas; de modo que, procura por el impulso de “la necesidad de no querer mayores ventajas, a menos que beneficien a los peor situados” (Caballero G., 2006, p. 11).

Con todo, los derechos humanos laborales, responden a una regulación normativa de índole internacional, que posee procedimientos de control que vinculan a los Estados como entes tutelares. Por ello, Canessa (2006) considera que “la exigencia por controlar la globalización económica desde un espacio supranacional en realidad ya está materializado con los derechos humanos laborales” (p. 124), pese a que aún quedan ciertos paradigmas por controlar, como aquellos anteriormente señalados.

En este orden de ideas, es válido afirmar, como en el sistema de cooperación, se ha dinamizado el ejercicio de la asignación de retiro, como una representación de intereses; comoquiera que, en términos generales, está orientada al beneficio de la comunidad al propugnar la garantía de la soberanía, y a su vez, la protección de sus derechos laborales, como actores clave de la relación laboral administrativa que tienen con el Estado. De allí, la importancia de valorar los retos y perspectivas a futuro del régimen especial de pensiones para los miembros de la Fuerza Pública en Colombia, bajo la óptica de Rawls.

En primera medida, el régimen especial de pensiones para los miembros de la Fuerza Pública en Colombia, ha sido objeto de debate y análisis en los últimos años. Si bien ha brindado beneficios significativos a aquellos que han dedicado su vida al servicio público, también presenta una serie de retos que deben abordarse para garantizar su sostenibilidad y equidad a largo plazo. En ese orden, el principal desafío para el régimen especial de pensiones de la Fuerza Pública, consiste en asegurar su viabilidad financiera a medida que aumenta el número de pensionados y se incrementa la esperanza de vida. Es necesario buscar

fuentes de financiamiento adecuadas, para garantizar el pago de prestaciones y evitar desequilibrios financieros que puedan poner en riesgo el sistema. Esto podría implicar la revisión de las tasas de contribución y la búsqueda de fuentes de financiación alternativas. Atendiendo a que las nuevas generaciones no tienen como proyecto de vida, ingresar a la Fuerza Pública y eso puede afectar la sostenibilidad del régimen especial.

Asimismo, debe garantizarse que los beneficios del régimen especial sean equitativos y adecuados para todos los miembros de la Fuerza Pública. Esto implica, abordar las posibles discrepancias y desigualdades que puedan existir dentro del sistema. Es importante realizar un análisis de los reconocimientos otorgados, y considerar posibles ajustes en los criterios de cálculo de las prestaciones para asegurar la equidad y la adecuación de los beneficios.

El régimen especial de pensiones para los miembros de la Fuerza Pública en Colombia, enfrenta varios retos y perspectivas a futuro. Para garantizar su sostenibilidad y equidad, es fundamental abordar estos desafíos a través de medidas adecuadas, lo cual implica, la implementación de reformas y ajustes adecuados en el régimen especial de pensiones de la Fuerza Pública. Estas reformas, podrían incluir cambios en la edad de jubilación, el cálculo de las prestaciones, las tasas de contribución y otras medidas que contribuyan a la sostenibilidad y equidad del sistema. Para ello, es fundamental realizar un estudio exhaustivo, que tenga en cuenta los diferentes aspectos y variables que influyen en el sistema de pensiones.

En ese orden, la justicia distributiva, o también denominada justicia social, en la que, la distribución o redistribución de la riqueza es el verdadero problema, sin que se deje de lado el hecho de que los acuerdos sobre tal distribución, deben ser coordinados, eficaces y estables, producto de la cooperación social; hecho que puede relacionar la libertad con la igualdad de oportunidades. En consecuencia, el objetivo principal de la justicia, se orientaría a la estructura básica de la sociedad, así como a las instituciones sociales que distribuyen deberes y derechos, y toman las determinaciones acerca de la distribución de las ventajas devenidas de la cooperación social.

De este modo, instituciones como la Constitución Política y las principales disposiciones económicas y sociales que esta dispone, deben ser tomadas en conjunto, con el fin de definir los deberes y derechos del hombre, que son altamente influenciados en sus vidas, determinando sus acciones (Landeró O., 2017, pp. 8-9). Lo permite evidenciar, que conforme pasa el tiempo, nuevas

reglas se establecerán para que lograr un equilibrio entre la justicia, la sostenibilidad económica, la garantía de los derechos de la seguridad social, y las diferencias que deben establecerse para aquellos sujetos que por razones de su servicio, deben tener otras alternativas para ser titular de una asignación de retiro.

## Conclusiones

La asignación de retiro en Colombia, refiere a la suma de dinero que un empleado recibe al momento de retirarse del trabajo. Esta asignación se calcula con base en el tiempo de servicio del empleado y su salario actual. Es un beneficio importante para los trabajadores, ya que les permite asegurar su sustento económico después de su vida laboral. Este reconocimiento, se encuentra directamente relacionado con los derechos de la seguridad social. En Colombia, estos derechos están consagrados en la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 y otras normas que de forma posterior, han consolidado el marco normativo para garantizar con un trato especial, los derechos a la seguridad social, en especial para aquellos que se encuentran en situación de especial protección, como los miembros de la Fuerza Pública, cuya prestación del servicio implica, garantizar otras condiciones de vida.

En este sentido, la asignación de retiro representa un trascendental logro de la seguridad social en Colombia. Permite que los trabajadores tengan un sustento económico suficiente para su vejez y asegura su bienestar cuando ya no estén en capacidad de trabajar. Además, es un reconocimiento al tiempo y trabajo que han dedicado al país. La relevancia de la asignación de retiro, no se limita solo a los beneficios individuales de los trabajadores colombianos, también tiene un impacto en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la que desde su rol, como organismo creado para promover la justicia social y mejores condiciones de trabajo en todo el mundo, ha impulsado a que los Estados, establezcan de forma prioritaria una agenda social, que garantice el acceso a la seguridad social, como un derecho fundamental. Es así, como la asignación de retiro en Colombia, resulta ser un ejemplo de cómo los países pueden implementar políticas que promuevan la protección social y laboral de sus trabajadores.

En conclusión, la asignación de retiro en Colombia es un beneficio fundamental para los trabajadores y una muestra de cómo la seguridad social puede proteger a los ciudadanos, atendiendo a las particularidades del ejercicio de la labor que desempeñan. Sumado a que, es un ejemplo para la comunidad interna-

cional, respecto a cómo la implementación de políticas laborales justas, pueden promover la justicia social y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores en todo el mundo. Sin embargo, debe continuarse fortaleciendo el sistema de seguridad social, con el propósito de promover con mayor énfasis, el principio de igualdad de oportunidades, en armonía con el principio de universalidad para lograr el cumplimiento de las garantías constitucionales, que por mandato de la Carta Política, incluye los instrumentos internacionales.

## Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (8 de marzo de 1991). Gaceta Constitucional n.º 18. Bogotá, D. C., Colombia: Imprenta Nacional.

Asamblea Nacional Constituyente. (19 de marzo de 1991). Gaceta Constitucional n.º 23. Bogotá, D. E., Colombia: Imprenta Nacional. Obtenido de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3752>

Asamblea Nacional Constituyente. (21 de marzo de 1991). Gaceta Constitucional n.º 25. Bogotá, D. E., Colombia: Imprenta Nacional.

Caballero G., F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, I(2), 1-22. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211015573007>

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (1993), *Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Diario oficial n.º 52.535, consultado el 3 de octubre de 2023 en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (2003), *Ley 857 de 2003 "por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones"*. Diario oficial n.º 45.412, consultado el 3 de octubre de 2023 en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1669734>

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (2004), *Ley 923 de 2004 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política."* Diario oficial n.º 45.777, consultado el 3 de octubre de 2023 en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0923\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0923_2004.html)

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (2019), Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Tema: *Asignación de retiro - Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*. Bogotá: Consejo de Estado. Consultado el 3 de octubre de 2023 en: <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2019/11/AsigRetiro.pdf>

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (2019), Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Tema: *Asignación de retiro*. Bogotá: Corte Constitucional Sentencia C-430/2019. Consultado el 3 de octubre de 2023 en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-430-19.htm#:~:text=C%2D430%2D19%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20uso%20de%20la%20fuerza%20y%20de%20las%20armas%2C%20en,las%20finalidades%20constitucionales%20del%20Estado.>

Colombia. [Congreso de la República de Colombia (2019), Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Tema: *Asignación de retiro en miembros de la Fuerza Pública*. Bogotá: Corte Constitucional Sentencia T-425/2016. Consultado el 3 de octubre de 2023 en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-425-19.htm>

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (2021), *Ley 2179 de 2021 "por la cual se crea la categoría de patrulleros de policía, se establecen normas relacionadas con el régimen especial de carrera del personal uniformado de la policía nacional, se fortalece la profesionalización para el servicio público de policía y se dictan otras disposiciones*. Diario oficial n.º 51.903, consultado el 3 de octubre de 2023 en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2179\\_2021.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2179_2021.html)

Colombia. [Congreso de la República de Colombia] (1991), Constitución Política de Colombia. Diario oficial n.º 52.379, consultado el 3 de octubre de 2023 en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Landeró O., J. (2017). *La teoría de la justicia de John Rawls y el libertarianismo de Robert Nozick*. Barranquilla: Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad del Atlántico.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) . (2021). *Informe mundial sobre la seguridad social 2020-2021*. Ginebra; Revista Trabajo n.º 73. Consultado el 15 de septiembre de 2023 en: <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-social-security-report/2020-22/lang--es/index.htm>

Osuna, V. (mayo de 2016). La justicia social: entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de posiciones. *RIHUMSO*, 1(9), 93-108.

Presidencia de la República de Colombia. 31 de diciembre de 2004. Decreto 4433 de 2004. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. 30 de abril de 2019. Decreto 1157 de 2014. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. 14 de septiembre de 2000. Decreto 754 de 2019. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. 14 de septiembre de 2000. Decreto 1791 de 2000. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. 22 de agosto de 2021. Decreto 976 de 2021. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. 30 de abril de 2022. Decreto 668 de 2022. Bogotá, D. C., Colombia.

Rawls, J. (2006). La Justicia como Imparcialidad. En *Teoría de la Justicia* (págs. 2-537). Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Vidal M., P. F. (2009). La teoría de la justicia social en Rawls. *Polis*, 1-20. Obtenido de <https://journals.openedition.org/polis/pdf/1868>

Zamorano Flores, J. (s.f.). *Historia de la Policía Peruana*. Lima. Obtenido de <http://files.felipeflores.webnode.es/2000005914c6764d61f/Historia%20de%20la%20PNP.pdf>

# Trazando el mapa de la seguridad social en Iberoamérica: análisis desde los convenios

*Rosa Fernanda Florián Romero<sup>1</sup>*

*Sebastián Baracaldo Hernández<sup>2</sup>*

*Ana María Hoyos Navarro<sup>3</sup>*

*Ana María Neusa Ospina<sup>4</sup>*

*Cristhian Camilo Rodríguez Martínez<sup>5</sup>*

- 
- 1 Abogada de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.
  - 2 Abogado de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.
  - 3 Abogada de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre; estudiante de maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre.
  - 4 Abogada de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre; estudiante de maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre.
  - 5 Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre; estudiante de maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre.





## Introducción

La seguridad social, como derecho fundamental, trae consigo la obligación de garantizar a las personas, prestaciones para atender sus necesidades básicas esenciales, dentro de las cuales encontramos, entre otras, la salud, la vejez, la enfermedad, la incapacidad y la muerte. Esta obligación, si bien en principio, radica en cabeza de cada Estado, debido a los procesos derivados de la industrialización, globalización y plurificación, es imprescindible que en el plano internacional, exista una cooperación por parte de los diversos Estados para su protección, de aquí que la Organización Internacional del Trabajo (s.f.) haya planteado que: “*la seguridad social se ha convertido en un reto universal en un mundo globalizado*”, emitiendo diversos tratados, convenios y recomendaciones, con la finalidad de que los diferentes Estados alrededor del mundo velen por su garantía.

Es entonces, cuando la cooperación internacional empieza a desempeñar un papel de vital importancia, asegurando mediante distintos mecanismos ayuda y apoyo internacionales, ya sea de forma multilaterales o bilaterales, por el bienestar, la protección y la garantía de los derechos de trabajadores migrantes. Dentro de este marco, los convenios de seguridad social se erigen como herramientas esenciales que establecen las bases normativas, directrices, pautas e instrucciones necesarias para garantizar la continuidad de los derechos, beneficios y servicios en materia de seguridad social para aquellos individuos que, por poner ejemplo, en virtud de oportunidades laborales, motivos familiares, o cualquier otra circunstancia, atraviesan las fronteras.

Para determinar el terreno existente a nivel internacional, más específicamente, en Iberoamérica, de principios, normativas e instrumentos que pretenden dar garantía a las prestaciones de la seguridad social, en el presente trabajo se estudiará, en primera medida, las generalidades comunes a todos los tratados internacionales, refiriéndose específicamente a los principios generales que se encuentran en los tratados internacionales, de manera que, se puedan predicar aplicables a todos los convenios que suscriban los Estados, como lo son, a modo de ejemplo, el principio de buena fe, *pacta sunt servanda*, en el *ius cogens*; a

su vez, se hará referencia a la figura de pensión teórica, como una forma que incluyen los diferentes Convenios de cooperación internacional para el cálculo de las pensiones; en segunda medida, se explorarán las clases de convenios que existen, determinando la vinculatoriedad y obligatoriedad para cada Estado; en tercera medida, se hará referencia a los Convenios que existen en Iberoamérica sobre cooperación en materia de seguridad social, como lo son el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de 1978 y el Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad, aludiendo en específico, a las modificaciones que trajeron, la protección que implementaron y los principios recíprocos que contribuyeron a la armonización de los sistemas de seguridad social en la región, para finalmente, llegar a unas conclusiones.

## **Generalidades comunes a todos los tratados internacionales**

Los tratados internacionales son, para unos, herramientas vinculantes entre los Estados, como únicos sujetos de derecho internacional público. Para otros, instrumentos jurídicos que obligan y vinculan a los Estados para cumplir obligaciones internacionales ambientales, laborales, de derechos humanos, como los Sistemas regionales de protección de derechos humanos, entre otros. Instrumentos o herramientas que, pueden ser de creación o de adhesión, a su vez, pueden ser bilaterales, multilaterales, principales o de complemento, como los protocolos. Ahora bien, en palabras del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38), los tratados internacionales serán fuente principal de derecho internacional, además la Convención de Viena manifiesta, que los tratados han establecido las buenas relaciones entre los Estados, permitiendo así una codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Lo anterior, logra permear en la definición ofrecida por el Convenio de Viena, relativa a los tratados internacionales como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Organización de Naciones Unidas, 1969). Por último, se ha aceptado que por regla general, cuando un Estado quebrante las obligaciones del tratado del cual aceptó su ratificación y lo convierte en legislación interna, no caerá únicamente en una violación al tratado, sino en hecho internacionalmente condenable por las Cortes que juzgan a los Estados, si a ello hubiere lugar.

No solo los tratados son regidos por las obligaciones internas de cada Estado, adicionalmente, por los principios generales del derecho internacional, los cuales también son fuentes del derecho internacional. Principios que se entretajan con los tratados y que permiten imponer obligaciones claras, expresas y exigibles para los destinatarios del tratado suscrito.

En lo particular, en materia laboral, los tratados internacionales, de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo, logran tener el nombre particular de: Convenios y Recomendaciones.

## **Principios comunes a todos los tratados internacionales**

A manera introductoria, se hace necesario conceptualizar lo tocante a tratados internacionales y sus fuentes de derecho, en especial, los principios internacionales. Lo anterior, en aras de crear uniformidad frente a la interpretación de cada Estado sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, para facilitar y homogeneizar las reglas hermenéuticas de su aplicación. Claro, cada Estado tendrá sus formas y maneras de ratificación interna y externa, empero, su aplicación y vinculatoriedad, será de manera uniforme, de conformidad con los principios generales del derecho, con su amalgama de normas laborales en materia pensional.

El tratado internacional, se presenta con varios nombres o acepciones, entre ellas: acuerdo, protocolo, arreglo, pacto, convención, entre otras. (Barberis, J., 1982). A su vez, Trejo (2006) plantea, que el tratado también es un compromiso, concordato, carta o acta final, como documentos escritos, esto, de conformidad con el artículo 2 de la Convención de Viena cuando plantea que el: *“Tratado internacional es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por el Derecho Internacional, ya que consten en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquier que sea su denominación particular”*. Posición compartida por Linares (1992) y Hernández (2004), cuando postulan que el Tratado es un *“(...) instrumento en el cual se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos”*. A ello se agrega, que el Tratado logrará establecer políticas de colaboración y desarrollo entre los Estados (Herrera, E., 2020), en donde, el Estado que lo ratifique, quedará obligado a atender las disposiciones normativas que lo integran, incluyendo la ratificación de convenios multilaterales, como lo es el CMISS, y la única manera que un

Estado se retire del compromiso obligacional pactado, será la denuncia del tratado a competencia del Presidente de la República (Corte Constitucional, 1993; Universidad del Externado, 2023).

Así, los tratados tienen su clasificación propia, según Zuluaga (2023), como los tratados de libre comercio, tratados bilaterales o multilaterales e inclusive, según su contenido o su geografía. Pero también existen tratados internacionales de derechos humanos, en los que la obligación central o accesoria, es concerniente a los derechos humanos. Es en ese punto, cuando el derecho a la pensión debe considerarse como un derecho humano social (Torres, A., 2023), por tanto, al ser ratificado el CMISS por el Estado, queda obligado; es importante tener en cuenta que, frente a convenios en seguridad social, puede darse armonización y/o coordinación.

Por tal motivo, el CMISS es fuente de Derecho, y atendiendo a la teoría Kelseniana del Derecho, este Convenio otorga a determinados hechos, el poder de crear o no actos generadores de normas (Barberis, J., 1982). Entretanto, el Convenio a tratar, será fuente de Derecho Internacional en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional, como también lo son: “*los principios generales de derecho reconocidos (...)*”. En conclusión, tanto el CMISS como los principios del derecho internacional que lo relacionan, son fuentes autónomas de derecho internacional (Trejo, E., 2006)

En otra orilla, según Amnistía Internacional (2020), los tratados internacionales que regulen derechos humanos, tendrán como vertebrado, la defensa de los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que, otras normas internacionales, tales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este último, reúne temas laborales y de la seguridad social, y por ende, de manera lógica, la sumatoria de pensiones en virtud del CMISS, como derecho humano económico y social, de allí que, está en la categoría de Tratado de Derechos Humanos. En síntesis, el CMISS logra ser un tratado en protección de derechos humanos, es más, siendo más arriesgado, por división doctrinal, existen normas de *ius cogens* —de imperativo

cumplimiento— que, al tratarse de derechos humanos no deben desconocerse. De desconocerse, el Estado incurriría en responsabilidad internacional por violación a derechos humanos.

Ahora, ¿qué tan vinculante lograría ser el CMISS como tratado para los países iberoamericanos? la respuesta trae una doble connotación: La primera, como fuente de derecho. Y, la segunda, en lo concerniente con los principios aplicables, estos se desarrollarán en párrafos siguientes.

Por regla general, un tratado internacional es fuente de derecho internacional, sobre el punto, Guggenheim (1967) plantea, que es fuente de derecho internacional toda norma internacional, más cuando se habla del *Grundnorm*, o en otras palabras, de la norma fundamental. Norma que debe ser generalmente conocida y que, luego de la ratificación de cada sujeto de derecho internacional, será de obligatorio cumplimiento o, en palabras de la Convención de Viena: *pacta sunt servanda*. Por consiguiente, la tarea que nos ocupa, consiste en hallar características comunes de los tratados (Barberis, J., 1982) o en palabras Hartianas, la regla de reconocimiento que son reglas de derecho válido, las cuales radican en ser: fuente de derecho internacional o principio general de derecho internacional, ambos, aplicables a la ejecución del CMISS en los países iberoamericanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que los principios del derecho internacional, serán nuestras reglas de reconocimiento para todos los países iberoamericanos; asimismo, los tratados proporcionan el marco normativo y conceptual necesario para entender la dinámica de los acuerdos internacionales, como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. La interacción entre principios internacionales, permite aseverar que, la aplicación del CMISS en los países iberoamericanos, homogenizará su aplicación en aras de que los beneficiarios - cotizantes - logren sumar sus tiempos. Principios como la buena fe, el consentimiento, el *pacta sunt servanda* y la interpretación auténtica, son esenciales para garantizar la eficacia y la coherencia en la aplicación de dicho convenio. Estos principios, no solo establecen las reglas para la relación entre los Estados parte, sino que también contribuyen a fortalecer la confianza y la estabilidad en el sistema de seguridad social, asegurando que los derechos y beneficios de los cotizantes y beneficiarios, sean protegidos de manera uniforme en toda la región iberoamericana.

Entre los principios comunes a los Tratados Internacionales, se encuentran:

## a. Principio de buena fe

La buena fe es un principio esencial que, aplica a todos los instrumentos internacionales, respaldado en varios documentos internacionales, entre otros, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 26 expone que *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”* (Convención de Viena, 1969); a su vez, en el acápite relacionado con observancia, aplicación e interpretación, en su artículo 31, lo contempla como regla general de interpretación de la siguiente manera:

*“31. Regla general de interpretación. I. **Un tratado deberá interpretarse de buena fe** conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.* (Convención de Viena, 1969). (Subrayado y negrilla agregadas).

A su vez, la Carta de la Organización de Naciones Unidas, después de disponer los propósitos y principios que aplican a las Naciones Unidas, estableció también que, para la realización de éstos, los miembros de la Organización deberán cumplir *“de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”* (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

Lo anterior quiere decir, que toda interpretación que pretenda dársele a alguna palabra o texto de un Tratado Internacional, debe necesariamente, para ser válida, ajustarse a la buena fe. La interpretación que se realiza de un tratado, está interconectada con la manera en que se le dará aplicación al mismo, por lo que, para dotar de efectividad su aplicación, primero debe haberse interpretado de manera correcta.

Este principio refuerza, la confianza y la credibilidad en las relaciones internacionales, al garantizar, que las partes cumplan sus compromisos de manera leal y honesta. También está estrechamente relacionado con la prohibición del abuso del derecho, el cual ocurre cuando un Estado actúa de manera maliciosa o desleal, utilizando su derecho de una manera que va contra el ordenamiento jurídico establecido. Por lo tanto, la buena fe, no solo implica cumplir las obligaciones establecidas en un tratado, sino también actuar de manera coherente con los principios generales de justicia y equidad en el ámbito internacional.

## b. Pacta sunt servanda

Según la CIDH, es una obligación y principio básico del derecho internacional que implica, el cumplimiento de los deberes y obligaciones convencionales

(Estos son, aquellos adquiridos mediante convenciones o contratos) que los Estados hayan adquirido, teniendo en cuenta que, “*no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida*” (CIDH, 1999), de aquí que, los compromisos internacionales vinculen y obliguen a los Estados.

“*Pacta sunt servanda*”, en su significado etimológico, resalta la importancia de que los tratados sean cumplidos. Este principio se encuentra mencionado en el preámbulo y está explícitamente plasmado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. (Villacís, 2008, p. 66).

Esta regla fundamental, consagrada en la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, es reconocida como un pilar central del sistema internacional. Al firmar un tratado, las partes adquieren derechos y obligaciones claramente definidos que deben ser honrados. Este cumplimiento se considera no solo una norma de conducta ética, sino también una práctica habitual en las relaciones internacionales, lo que confiere al principio de *pacta sunt servanda*, una fuerza vinculante en ámbito legal internacional.

A pesar de su importancia y carácter generalizado, el principio de *pacta sunt servanda*, admite ciertas excepciones reconocidas. Estas excepciones, que están aceptadas dentro del marco del derecho internacional, incluyen situaciones de imposibilidad física para cumplir con el tratado, como cuando las condiciones cambian de manera drástica y afectan la viabilidad del acuerdo. También se considera una excepción, cuando el cumplimiento de una obligación impone una carga moral excesiva o amenaza la integridad misma del Estado. Además, existe la cláusula “*Rebus sic stantibus*”, que permite ajustar o incluso rescindir un tratado en caso de alteraciones significativas e imprevistas en las circunstancias que existían al momento de su celebración.

Por lo tanto, este principio implica, que cada parte que participa en un tratado, debe cumplir sus compromisos de manera fiel y honesta. Esto significa actuar con transparencia, lealtad, justicia y responsabilidad, manteniendo la confianza en el cumplimiento de lo acordado, para que todas las partes, reciban lo que les corresponde. Tal actuar, se valora en el marco de una convivencia colectiva organizada, ante la que se espera un comportamiento ético y adecuado para el cabal cumplimiento de las obligaciones generadas por el acuerdo pactado (Gomez, 2011, p. 4).

### ***c. Ex consensu advenit vinculum***

El principio *Ex consensu advenit vinculum* o “del consentimiento deviene la obligación”, es de vital importancia en el derecho internacional, ya que, al referirse a documentos e instrumentos tales como lo son convenios, el consentimiento y la voluntad de los Estados son imprescindibles, para la adquisición de las obligaciones internacionales. Este principio, trae consigo varios aspectos cruciales, como lo son, en primer lugar, que las partes deben celebrar los tratados de forma libre, voluntaria y plenamente consciente de las implicaciones del acuerdo, lo que implica que no deben ser sometidas a coerción o coacción ni presión para firmar el tratado, sino que deben hacerlo de manera informada y con la capacidad legal necesaria para representar a su Estado; de aquí que, la Convención de Viena de 1969 en su artículo 52 dispone que, en caso de que un tratado se haya celebrado por resultado de amenaza o uso de la fuerza, será completamente nulo por ir en contravía de los principios del derecho internacional contenidos en la Carta de la ONU.

El consentimiento debe ser una decisión consciente y autorizada, donde las partes entiendan completamente los términos y condiciones del tratado antes de comprometerse con él. Este enfoque asegura, legitimidad, validez y respeto mutuo en las relaciones internacionales.

El principio “*ex consensu advenit vinculum*”, complementa esta idea al establecer que del consentimiento surge la obligación. Esto significa que, los Estados deben expresar su consentimiento de manera libre para obligarse por un tratado. Dado que la Comunidad Internacional está formada principalmente por Estados soberanos que se consideran formalmente iguales, y no hay una autoridad superior que pueda imponer obligaciones, se entiende que los Estados deben otorgar su consentimiento para que surjan las obligaciones legales derivadas del tratado.

Este principio resalta, que únicamente a través de un consentimiento voluntario, expresado por los órganos autorizados de cada Estado, se establecen las obligaciones y derechos contractuales. Es esencial que este consentimiento sea auténtico y esté libre de vicios como el error, el engaño, la coacción, la amenaza o el uso de la fuerza o violencia. De lo contrario, el consentimiento no sería válido y las obligaciones resultantes del tratado no tendrían validez legal.



#### **d. *Ius cogens***

Este, es un principio fundamental del derecho internacional, que se refiere a normas imperativas de derecho internacional, generalmente reconocidas por la comunidad internacional de Estados, de las cuales no se permite la derogación por medio de acuerdos o tratados. Estas normas son consideradas como fundamentales y obligatorias para todos los Estados, independientemente de su consentimiento, y su cumplimiento es obligatorio.

Las normas de *ius cogens*, abarcan principios esenciales para la comunidad internacional, como la prohibición de la esclavitud, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tortura, la agresión armada, entre otros. Son principios que protegen derechos fundamentales y valores universales, y su validez y aplicabilidad prevalecen sobre cualquier disposición en contrario en tratados o acuerdos internacionales.

El principio en mención, se encuentra reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente en los artículos 53 y 64. El artículo 53 establece, que un tratado es nulo, si está en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional generalmente reconocida como *ius cogens*, mientras que el artículo 64 indica, que cualquier tratado en conflicto con una nueva norma imperativa de derecho internacional general, se vuelve nulo y termina.

El tema volvió a surgir en la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados (1968-69), donde se discutió la invalidez de tratados contrarios a normas imperativas del derecho internacional. La controversia gira en torno a determinar, si existen reglas que los Estados no puedan modificar unilateralmente mediante tratados, cuáles serían su naturaleza jurídica y los principios del derecho internacional que podrían considerarse como reglas de *ius cogens*. (Kelsen, 1952).

#### **e. Irretroactividad**

El principio de irretroactividad, a nivel general, es una regla que prohíbe la aplicación retroactiva de las normas, es decir, prohíbe que un acuerdo o norma, afecte situaciones o hechos que sucedieron con anterioridad. Este principio aplica también en el ámbito internacional, ya que, como es el deber ser de las cosas, las disposiciones de un tratado no pueden o no deben aplicarse de manera retroactiva, ya que esto tendría la posibilidad de afectar actos o hechos que

hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de dicho tratado. Esta norma se encuentra respaldada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente en sus artículos 4 y 28.

El artículo 4 de la Convención establece, que la irretroactividad se aplica únicamente a los tratados celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la Convención con respecto a esos Estados. Esto significa, que las disposiciones de la Convención sobre irretroactividad, no se aplican a los tratados que estaban en vigor antes de que la Convención entrara en vigencia para un Estado en particular.

Por su parte, el artículo 28 de la Convención refuerza este principio, al señalar que: “Las disposiciones de un tratado, no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte”. En otras palabras, una vez que un tratado entra en vigor para un Estado, solo se aplicará a las acciones o eventos que ocurran después de esa fecha, no pudiendo retrotraerse para afectar situaciones pasadas.

Este principio de irretroactividad, es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones internacionales, ya que evita que las partes de un tratado se vean afectadas por disposiciones que se apliquen retroactivamente y que modifiquen sus derechos u obligaciones respecto a eventos pasados. De esta manera, se promueve la certeza y predictibilidad en el cumplimiento de los tratados internacionales. (Villacís, 2008, p. 67).

## **f. Principio de aplicación territorial**

El Principio de Aplicación Territorial, refiere al alcance geográfico de las disposiciones y obligaciones contenidas en un tratado; establece en cuáles territorios específicos se aplicarán las normas y reglas establecidas en el tratado y a cuáles sujetos o entidades dentro de esos territorios, se les impondrán dichas obligaciones.

En primer lugar, es importante destacar, que la aplicación territorial de un tratado, se determina principalmente por las disposiciones expresas contenidas en el propio tratado. Disposiciones que pueden delimitar claramente el ámbito geográfico al que se extiende la aplicación del tratado, especificando los países o regiones involucradas.

En segundo lugar, el Principio de Aplicación Territorial considera, que un Estado únicamente está sujeto a las obligaciones y derechos establecidos en un

tratado con relación a los territorios sobre los cuales ejerce soberanía o control efectivo. Esto implica, que las disposiciones de un tratado, no se aplicarán automáticamente a todo el territorio de un Estado si el tratado no contempla específicamente dicha aplicación.

Además, este principio puede tener implicaciones significativas en situaciones donde existan disputas territoriales o zonas con regímenes especiales, como las zonas económicas exclusivas o territorios bajo administración internacional. En tales casos, la aplicación territorial de un tratado puede ser objeto de negociación o aclaración entre las partes involucradas.

### **g. Pensión teórica**

En el esquema de la cooperación y la colaboración internacional que se está formando en materia de Seguridad Social entre los países en Iberoamérica, es menester, partir del motivo por el cual surge la necesidad de dicha cooperación; como se mencionó desde la introducción del presente capítulo, los diferentes procesos de industrialización y globalización, han afectado la manera en que normalmente se concebía el trabajo y sobre todo, las pensiones. Si bien antes, era común que una persona iniciara su vida laboral, trabajara y se pensionara en el mismo país, lo cierto es que en la actualidad, la constante movilidad y la posibilidad de trabajo en los diferentes países, ha alterado en determinada forma, la manera de contabilizar las pensiones, surgiendo desafíos y obstáculos para la Seguridad Social, ya que dicha protección no puede ni debe limitarse a la cotización realizada en un único país.

Entonces, ¿qué sucede con los trabajadores que, por uno u otro motivo, han trabajado y cotizado al Sistema de Pensiones en diferentes países? si se desconociera el tiempo laborado, se desnaturalizaría por completo el concepto y la finalidad de la Seguridad Social, es por esto que, en el marco de la cooperación internacional, en mecanismos como lo son, entre otros, los Convenios Bilaterales y Multilaterales, se ha ido adoptando la figura de la Pensión Teórica, como lo fue por ejemplo, de manera expresa en los Convenios Bilaterales Colombia-España, Uruguay-España y Colombia-Chile, y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) y de manera indirecta en el Convenio Bilateral Uruguay-Colombia, en el que hicieron referencia a la figura nombrando el “monto teórico” de las pensiones.

La figura no ha tenido un amplio desarrollo teórico, aunque podemos conocer su definición acudiendo a los mencionados instrumentos de cooperación y a

conceptualizaciones que han realizado los institutos de Seguridad Social de algunos países. De acuerdo con el Instituto Nacional de la Seguridad Social de España, mediante un criterio de gestión, en el cual mencionó también los Convenios Bilaterales y el CMISS, expuso que la pensión teórica es *“la que el interesado habría causado si todos los períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de los demás Estados se hubieran cumplido bajo la legislación española”* (Instituto Nacional de la Seguridad Social de España, 2018), para los presentes efectos, sería entonces aquella a la que tendría derecho el trabajador si lo que cotizó en las legislaciones de los demás países, lo hubiera cotizado en aquella en la cual está solicitando la pensión.

El CMISS, en su artículo 13, desarrolla lo concerniente a la determinación de las pensiones de invalidez, vejez y supervivencia; al respecto, expone que, en el caso de que el solicitante de la pensión haya cotizado en diferentes Estados, es necesario que la Institución que sea competente, determine tanto la pensión teórica como la prestación real. La pensión teórica se fundamenta en el *“importe de la prestación a la que el beneficiario tendría derecho como si todos los períodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación”* (CMISS, 2007), y la prestación real o importe real, que corresponde a lo que resulte de aplicar al importe teórico *“la proporción existente entre la duración de los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos, antes de producirse la contingencia, bajo la legislación del Estado Parte y los períodos totalizados”* (CMISS, 2007).

En este mismo sentido, en el Convenio Bilateral Uruguay-Colombia, en la determinación de dichas prestaciones, se expone que el competente *“determinará el monto teórico”* (pensión teórica), y *“fijará el definitivo en proporción a los períodos cumplidos, exclusivamente bajo dicha legislación”* (Pensión real o definitiva), para de esta manera, conocer la cuota parte que le corresponde a cada Estado.

La Cancillería Colombiana, en la aprobación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia, también aplicó la figura de la Pensión teórica, estableciendo que es un criterio que *“consiste en determinar la cuantía de la prestación, como si todos los períodos totalizados de cotización o de seguro se hubieran cumplido bajo la propia legislación”*, haciendo referencia también a la pensión prorrateada, que es aquella que resulta después de aplicar a la pensión teórica, siendo *“la misma proporción existente entre el período de seguro o cotización cumplido en la Parte a que pertenece la Institución que calcula la prestación y la totalidad de los períodos de seguro o cotización cumplidos en*

*ambas Partes (pensión prorrata)*”, esto quiere decir, que la pensión prorrata tiene relación con lo mencionado en otros Convenios Bilaterales como *“Prestación real “ o “importe real”*, con la finalidad de poder establecer la cuota parte que corresponde a cada Estado.

Es necesario mencionar también, que el CMISS dispone, que el reconocimiento de esta pensión no deja por fuera las cotizaciones voluntarias realizadas por los trabajadores, sino que, una vez calculada la cuantía teórica y la real, tal como establece en su artículo 15, esta *“será incrementada por la Institución Competente en la que se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario en el importe que corresponda a dichos períodos de seguro voluntario que no hayan sido computados, de acuerdo con su legislación interna”* (CMISS, 2007).

Este criterio, ya está siendo utilizado por algunos países de Iberoamérica para el cálculo de las personas, como por ejemplo, en España, el Instituto de Seguro Social (2018) expuso que, las pensiones debían liquidarse de conformidad con las normas internas y las disposiciones internacionales, mencionando el CMISS, la pensión teórica y la pensión a prorrata. El ISS de España (2016), con anterioridad, ya había abordado la forma en que debían calcularse las pensiones *“al amparo de las normas internacionales”*, aplicando la pensión a prorrata; incluso, Carrascosa (2012), profesora Española, escribió sobre la aplicación de esta figura como una *“buena práctica”* en el cálculo de la pensión de trabajadores migrantes.

En Colombia, el concepto ya es aplicado por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, administradora del régimen público del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manejando casos que han sido conocidos en diferentes instancias procesales, como por ejemplo en 2021, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, caso en el cual, Colpensiones aplicó para el cálculo de su pensión, en esta Sentencia, la figura de pensión teórica, y la consideró como aquella que *“equivale al cálculo de la pensión realizado por la entidad reconocedora como si todas las cotizaciones hubieren sido realizadas en su régimen”* (Tribunal Superior de Medellín, 2021), mencionando también la pensión prorrata como *“el monto máximo a reconocer por Colpensiones”* por corresponder a la proporción de las cotizaciones ahí realizadas. En este mismo sentido, otros tribunales se han referido a la pensión teórica<sup>1</sup>, y la Corte

---

<sup>1</sup> Como, por ejemplo, el Tribunal Superior del Distrito de Cali, en radicados 76-001-31-05-014 2018 00545 01 y 76001 31 05 012 2019 00882 01.

Suprema de Justicia, en 2022, explicó mediante un recuento, el proceso para la liquidación de las prestaciones cuando la cotización se había realizado en diferentes países, dilucidando la manera en que debía implementarse la pensión teórica y la pensión prorrateada. De la misma manera, la doctora Clara Cecilia Dueñas, en 2021, siendo magistrada de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia SL2666-2021, realizó una liquidación pensional en la que aplicó la figura de la pensión teórica; de la misma forma, el doctor Gerardo Botero, en 2020, en el radicado n.º 71475, se refirió a la pensión teórica como la sumatoria de lo cotizado en diferentes Estados.

Lo anterior quiere decir, que la pensión teórica es implementada por los países de Iberoamérica como una figura de cooperación internacional, siendo común en los Convenios bilaterales y que además, se implementó también en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, como la forma en que debe contabilizarse y determinarse las prestaciones relacionadas con invalidez, vejez y supervivencia. Esta figura, permite hacer efectiva la colaboración y cooperación entre Estados iberoamericanos en materia de Seguridad Social, específicamente, en lo relacionado con pensiones, permitiendo que las personas puedan laborar en diferentes países sin que les implique un riesgo para la obtención o reconocimiento de su pensión, pero a la par, implica una garantía para los Estados en los cuales se reconoce la pensión, ya que mediante la aplicación de la pensión a prorrateada, cada Estado debe reconocer su cuota parte de la pensión, brindando una seguridad tanto para los trabajadores, como para los Estados, en el reconocimiento de las pensiones.

## Normas internacionales de la seguridad social en Iberoamérica

Las normas internacionales del Trabajo y de la Seguridad Social, obedecen a la internacionalización del derecho, específicamente a esta rama, por tanto, los Estados en pro de dicho principio, deciden relacionarse entre sí, mediante convenios o pactos y tratados.

Dichos conceptos son fuente del derecho, toda vez que son creadores de derechos y obligaciones para las partes, como se ha determinado en el apartado anterior, y se centra en varios principios tales como, *pacta sunt servanda*.

El tratado internacional, como fuente del derecho, puede desprenderse del principio mencionado anteriormente. Cuando dos o más Estados, se ponen de

acuerdo sobre un objeto determinado y desean darle valor jurídicamente vinculatorio a dicho acuerdo, celebran un tratado. Cuando una Parte en un litigio internacional, pretende ante el Juez que la otra Parte sea obligada a asumir cierta conducta por haberse comprometido a ello, aquélla trata de demostrar que ha habido un tratado entre ambas y aporta las pruebas en ese sentido. Lo mismo ocurre en una negociación diplomática: cuando un Estado hace una propuesta que la otra Parte juzga conveniente, esta se apresura a aceptarla de modo que quede configurado un acuerdo. Cuando un árbitro internacional debe dictar una sentencia, averigua primeramente si hubo un convenio entre las Partes litigantes, en el cual pueda fundar su decisión. En fin, si se analiza la práctica internacional a través de la correspondencia diplomática, las conferencias internacionales, la labor de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones internacionales, las sentencias judiciales y arbitrales, y las memorias y alegatos de las Partes ante los tribunales internacionales, se puede deducir que en el derecho internacional, se consideran como jurídicamente válidas las normas que son conocidas bajo el nombre genérico de tratados. (Barberis, J. A., 1982, pp. 12,13).

A pesar de tener efectos interpartes, los tratados tienen la categoría de normas internacionales como lo establece el autor citado, sin embargo, dichos tratados pueden vincular netamente a las partes suscribientes del mismo, cosa contraria ocurre con los Convenios.

Específicamente en la Normas Internacionales del Trabajo y la Seguridad Social, las ha definido R. Silva, M. Humblet,(OIT, Ginebra, 2002), basado en el concepto de seguridad social como un derecho humano, conforme a la protección de derechos intrínsecos del ser humano, tales como el mínimo vital, la dignidad humana, la salud, entre otros; es por ello que, la seguridad social representa valores importantes que puede tener los trabajadores, de igual forma, el autor divide las normas internacionales del trabajo, sobre la seguridad social, en convenios y recomendaciones.

Los convenios y recomendaciones que conforman el marco normativo de la OIT en materia de seguridad social, son instrumentos singulares: establecen normas mínimas de protección que orientan el desarrollo de los sistemas nacionales de prestaciones y de seguridad social, sobre la base de las buenas prácticas de todas las regiones del mundo. Por lo tanto, tales convenios suponen que no existe un modelo único de seguridad social y que corresponde a cada país desarrollar la protección necesaria. Para ello, ofrecen una serie de opciones y cláusulas de flexibilidad, que permiten alcanzar paulatinamente el

objetivo de la cobertura universal de la población y de los riesgos sociales a través de prestaciones adecuadas. En dichos instrumentos, también se establecen principios rectores para la elaboración, la financiación, la aplicación, la gobernanza y la evaluación de los regímenes y sistemas de seguridad social, con arreglo a un enfoque basado en los derechos. (R. Silva, M. Humblet, (OIT, Ginebra, 2002).

Es así que, podemos determinar, que los convenios son tratados jurídicamente vinculantes, que los Estados pueden ratificar e incluir dentro de su normativa interna. Para la OIT (2023), existen los siguientes once convenios fundamentales:

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y su Protocolo de 2014.
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138).
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).
- Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155).
- Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

Por último, dentro del contexto del derecho internacional encontramos, organismos internacionales como la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS), la creadora del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que en palabras de esta entidad, es el primer instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de millones de trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en el ámbito de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos.



## Sistema general de pensiones en Iberoamérica

Los antecedentes de la seguridad social en Iberoamérica, se remontan como se enunció con anterioridad, a la ratificación de diversos instrumentos internacionales y a la aplicación de una gran variedad de principios que han edificado sucesos históricos, como la acogida de constituciones como la francesa, la mexicana y la alemana de Weimar, y por supuesto, la gran labor de Entes Internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo -OIT- y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social -OISS-, las cuales, han reafirmado el compromiso que tienen los Estados de nuestra región, al referirse a temas de gran relevancia como los derechos y mecanismos que protegen, reconocen y enmarcan el deber ser de la protección social y de la seguridad social.

De allí que, progresivamente reconocer el derecho a la seguridad social como un derecho social, con carácter universal, y en especial, ser considerado como un derecho humano en la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, en cuyo artículo 22 expresa *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”* (artículo 22. DUDH), ha llevado a la ratificación de medios de cooperación e internacionalización en los países de Iberoamérica, en términos de elegibilidad, exigibilidad, contribuciones y beneficios para nuestras sociedades.

Lo anterior, debido a que se evidenció, que nuestros Estados ostentan necesidades prioritarias para afrontar nuevas realidades sociales, como la globalización, la macroeconomía y la interdependencia de los mercados, llevando a acoger dos instrumentos internacionales que codifican las reformas estructurales de los sistemas de seguridad social y que generan una cobertura contributiva y unificada a los sistemas iberoamericanos.

Tales situaciones, nos introducen a la visión Iberoamericana de la seguridad social y nos permiten referirnos a dos convenios que materializan el sentir de los mandantes del mundo del trabajo; por una parte, el Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social de Quito (1978), y por otra parte, el Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social, los cuales, a la luz de un enfoque proteccionista, unifican los medios para la creación de políticas que buscan garantizar, la asistencia médica, las condiciones migratorias y la seguridad económica de las personas en condiciones de vulnerabilidad, en espe-

cial, la gran labor de seguir abordando los desafíos de nuestra región, teniendo como base el cumplimiento de los estándares internacionales de protección social individual y colectiva, armonizados con criterios de eficacia, sostenibilidad y justicia social, que se pueden comprender de la siguiente manera:

## **Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social de Quito (1978)**

Aunado al cooperativismo enunciado, nace el Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social de Quito, firmado en 1978, el cual es un acuerdo que ha desempeñado un papel fundamental en la cooperación en temas de seguridad social entre los países de Iberoamérica. Su historia se remonta a un contexto en el que los países de la región, reconocieron la importancia de establecer mecanismos que permitieran la protección de los derechos de la seguridad social de los trabajadores y ciudadanos que se movilizaban a través de las fronteras nacionales y de factores exógenos como la informalidad y las dinámicas geográficas de los países, entre otros factores, tanto así que en la década de 1970, se aumentó la movilidad laboral y la migración en la región iberoamericana.

Este convenio se creó, con el propósito de promover la amistad y la cooperación entre los países signatarios, centrándose en aspectos clave de la seguridad social, incluyendo la asistencia médica, las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y se aplicó a los sistemas obligatorios de seguridad social, previsión social y seguros sociales en los Estados contratantes.

Su gran relevancia, se traslada a todos los cimientos que determinó en su articulado, debido a que se estableció como la base para la cooperación en seguridad social en la región, permitiendo que los países compartieran buenas prácticas, reconocieran los derechos de los trabajadores en situaciones de movilidad y colaboraran en la gestión administrativa de la seguridad social, lo que aumentó significativamente la protección de los ciudadanos iberoamericanos que se trasladaban entre los países firmantes.

A lo largo de los años, este instrumento internacional ha sido crucial para garantizar que los trabajadores y sus familias, no se vean desfavorecidos cuando cruzan fronteras, fortaleciendo las buenas prácticas estatales en torno a la promoción de la seguridad social como derecho fundamental en toda la región. Asimismo, ha sido enmarcado como el punto neurálgico de los vínculos de la comunidad iberoamericana respecto al mundo de las relaciones laborales, es

decir, unifica el sentir recíproco de las voces progresistas y proteccionistas en cuanto a la fundamentación de los derechos de todos los trabajadores y de la población migrante.

Su materialización tiene consigo *“el propósito de promover el afianzamiento de los vínculos recíprocos de amistad y cooperación”* (Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social, 1978). De ahí que, atendiendo a las necesidades de los Estados parte, se evidencian los grandes avances en las protecciones, en cada una de sus disposiciones nacionales. Lo anterior, permite visualizar respecto a cuáles temas y población específica se dirige el convenio, especificado desde la incorporación de su primer artículo y subsiguientes, en el que se consagra, que se aplicará hacia *“los derechos de asistencia médico sanitaria y prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes previstos en los Sistemas obligatorios de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales vigentes en los Estados Contratantes”* (Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social, 1978).

En esta misma línea, define los actores a quienes va dirigido y los efectos que irradia, determinando quién es una persona protegida, quiénes serán las autoridades competentes, las entidades gestoras, los organismos de enlace, y por supuesto, las disposiciones legales, para que finalmente, los Estados contratantes plasmen su incorporación.

En lo atinente con las prestaciones que regula, en un primer lugar se encuentran: las prestaciones médico sanitarias, respecto a las cuales establecen, la protección que deben adquirir los receptores de la persona protegida en el Estado contratante al que se dirija, también determina, el cubrimiento por parte de los sistemas prestacionales del país donde ostente su vinculación y en donde tienen derecho a ser asegurados, adquirir beneficios y atención especializada; en segundo lugar, las reglas para las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, disposiciones en las que promueve la igualdad de derechos y de obligaciones, entre la persona protegida y los nacionales del Estado contratante, de conformidad con su legislación, así como establece una serie de excepciones entorno al cómputo de las condiciones que les permiten optar por los derechos reconocidos en las legislaciones nacionales y los cambios estructurales que adoptan con la implementación del presente convenio, en asocio a unos postulados progresivos que se fundan respecto a la seguridad social.

Así, el Convenio Iberoamericano y la consolidación de acuerdos, mecanismos y convenios entre los Estados integrantes con respecto a *“Seguros Sociales, Previsión Social y Seguridad Social”*, además de la cooperación lograda a través de

alianzas sobre el intercambio de información, normativas, asesoramientos, colaboraciones financieras, programas y beneficios, fortalecen la ratificación de este convenio, que refleja a su vez, el desarrollo de los programas que han pretendido implementar los países y la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Lo visto, finalmente refleja la adhesión de los Estados parte de la comunidad Iberoamericana, y aquello que implementan, el deber ser y el propósito de los convenios, que desde 1978, se han querido llevar a todos sus nacionales en la materia referida, como lo son, el bienestar social, la responsabilidad social y asistencia humanitaria, para una protección eficaz del derecho humano a la seguridad social y a la protección social, y en especial, que los países promuevan y ejecuten políticas basadas en sistemas de seguridad social.

Debido a que este instrumento de protección internacional, coordina las voces de los órganos estatales, las organizaciones internacionales, los ciudadanos y la población en general, se exige velar por los deberes y las obligaciones que como sociedad nos fueron fijados al momento de ratificar el presente tratado, y cuya observancia, debe ser vigilada por toda la comunidad internacional, incluyendo el país de adopción o aquellos donde se requiera su adopción en términos migratorios.

## **Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social**

Bajo este sistema garantista, surge el CMISS o “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” promovido en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007, siendo uno de los primeros documentos que, se preocupa por la garantía de los derechos al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores migrantes y de sus familias, entorno a contingencias de vejez, incapacidad y muerte, fungiendo como un instrumento regional de cooperación para la comunidad Iberoamericana.

Este Convenio, entra a subsanar los errores de aplicación que tuvo el Convenio suscrito en Quito en 1978, en el cual, de conformidad con Francisco Jacob, Ex vicesecretario general de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, para la entrada en vigor de este Convenio entre dos países, se requieren dos pasos, el primero, la ratificación del Convenio por cada país, y el segundo, la suscripción de un acuerdo de aplicación complementario entre ambos países (OISS, 2021).

Debido a los excesivos requisitos y formalismos, el Convenio no tuvo suficiente cobertura para los destinatarios, además, los otros mecanismos de protección existentes como lo son los convenios bilaterales, regían únicamente para los países que siendo parte de la comunidad Iberoamericana, decidieron suscribirlos. Esto quiere decir, que todos los mecanismos existentes, incluso el Convenio de 1978 después de ratificado, necesitaba de un acuerdo entre los países para poder regir.

La comunidad Iberoamericana, sintió la necesidad de crear un Convenio para adoptar medidas de “*coordinación normativa en materia de protección social*” respetando los sistemas nacionales, convenios bilaterales o multilaterales vigentes, derechos adquiridos y meras expectativas, así, en 2005, se decidió “*Iniciar el proceso de elaboración de un Convenio Multilateral de Seguridad Social de la Comunidad Iberoamericana (...)*” (OISS, 2021).

Su aplicación en la práctica, se creó con la finalidad de garantizar los derechos al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores migrantes y de sus familias en “igualdad de trato” (artículo 5 del CMISS), a la par, fue diseñado para sobrepasar las dificultades presentadas en la aplicación de la diversidad de sistemas de los países iberoamericanos, limitados por déficit y modelos financieros, de allí que este convenio, articuló las necesidades generales y logró consolidar modelos interpretativos de aplicación, a la luz de principios y garantías mínimas que pudiesen aplicar para todos los países, limitar los beneficiarios y unificar los entornos dispares.

Con ello, el convenio establece unas reglas de coordinación comunes a la aplicación del derecho a la seguridad de los países que adoptaran este instrumento nacional, en donde los ciudadanos que se desplacen entre Estados que lo hayan ratificado, pueden gozar de las mismas garantías con las que se regían en sus países de nacimiento o de origen. Convenio que tiene las siguientes características:

En primer lugar, su aplicación irradia no solamente al beneficiario directo, sino también a sus familiares, sin distinción de nacionalidad, únicamente vincula a los Estados Parte ratificantes del mismo; en segundo lugar, las prestaciones económicas que son amparadas, como se enunció con anterioridad, son cuatro principalmente, la vejez, la invalidez, la supervivencia y las contingencias laborales como enfermedades o patologías producto de su profesión o los accidentes y riesgos catalogados como accidentes de trabajo; en tercer lugar, el presente convenio no es aplicable a prestaciones no contributivas, sino únicamente a aquellas que generen una contribución directa, en la cual se pueda

acreditar el aporte, de conformidad con las legislaciones internas de cada país parte; en cuarto lugar, este instrumento internacional prevé, una serie de prestaciones que amparan trámites procedimentales, tales como que el solicitante tenga acceso de elevar su solicitud directamente al sistema de seguridad social donde haya estado asegurado por última vez, sin ningún tipo de restricción, que el solicitante efectúe su solicitud en el Estado donde reside y donde residió, con el objetivo de acompañar los requisitos, acceder a su prestación económica y poder solicitar su reconocimiento ante Estados donde nunca hayan sido residentes, pero que cumpla con la ratificación y acogida de este instrumento internacional, a luz de los principios edificadores del sistema integral de la seguridad social.

Todo lo referenciado, permite establecer el alcance que ha tenido el presente convenio y la manera en la que se ha materializado en las legislaciones de nuestra región, al igual que, el compromiso real que han tenido los Estados al momento de su aplicación y regulación en las legislaciones internas, de allí que, países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela, lo hayan ratificado; entró en vigor el 1° de mayo de 2011, y años más adelante, ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Portugal y Venezuela, (Jacob, 2017), y catorce años después, mediante la Ley 2103 de 2021, fue aprobado por el Estado colombiano, declarado constitucional mediante revisión oficiosa por parte de la Corte Constitucional en 2022.

## **Principios recíprocos del Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social de Quito y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**

Estos instrumentos internacionales, han representado un hito crucial en el ámbito de la protección social para los trabajadores migrantes en la región iberoamericana, basados en una serie de principios esenciales que aseguran la igualdad de trato, la aplicación de una legislación única, la preservación de derechos adquiridos y la colaboración armoniosa entre los sistemas de seguridad social de los países participantes.

Para ello, es menester referirnos a los mismos y brindar un panorama claro de su surgimiento y aplicación, que en la práctica jurídica y legal, se hace vital al momento de materializarlos en las legislaciones internas de los países que lo suscriben.

## **a. Igualdad de trato y no discriminación**

Este principio fundamental, establece la igualdad de trato y prohíbe la discriminación, de tal manera que todos los trabajadores migrantes, tienen derecho a recibir el mismo nivel de protección y de beneficios que los ciudadanos nacionales del país donde se encuentren, sin distinción por motivos de nacionalidad, etnia, religión u orientación sexual.

Desde esta óptica y tomando como base los lineamientos propuestos por la Conferencia de Ministros, se hizo imprescindible crear un documento preliminar que abordara diversos aspectos que, en consonancia con dichos principios, requerían una mayor claridad antes de avanzar en la redacción del primer borrador del proyecto (Sánchez, 2016, p. 6).

El primer punto tratado fue la amplitud del ámbito de aplicación personal del Convenio y, por ende, del principio de *“igualdad de trato”*. Aunque la Conferencia de Ministros mencionó exclusivamente a los *“nacionales”* de los Estados Parte, se consideró la inclusión de otros casos como ciudadanos de terceros países, refugiados o personas apátridas. La determinación final, plasmada en el texto del Convenio, fue lo más inclusiva posible: *“las personas que hayan estado o estén sujetas a la legislación de uno o más Estados Parte, así como sus familiares beneficiarios y derechohabientes”* (artículo 2 del CMISS).

## **b. *Lex loci laboris***

Este principio fundamental, establece la determinación de la legislación aplicable en materia de seguridad social. De acuerdo con este convenio, se sigue la regla de la *“lex loci laboris”*, lo que significa que se aplica la legislación del país donde el trabajador realiza su actividad laboral. Dicho enfoque, tiene como objetivo, garantizar la aplicación de un marco legal claro, coherente y transparente para los trabajadores migrantes, evitando así posibles conflictos o duplicidades en la protección social.

Al determinar la legislación aplicable, basándose en la *“lex loci laboris”*, se asegura que los trabajadores migrantes, tengan acceso a los beneficios y derechos que corresponden a la normativa del país donde están trabajando, lo cual es crucial para su seguridad social y bienestar. Sumado a que, este principio ayuda a evitar situaciones en las que se puedan presentar discrepancias o superposiciones entre diferentes sistemas legales, lo que podría generar confusión y afectar la protección integral de los trabajadores migrantes (Sánchez, 2016, p. 5).

Es importante destacar que, si bien se sigue la norma general de la legislación nacional del país de trabajo, el Convenio también contempla la posibilidad de excepciones o reglas especiales en casos específicos que requieran un tratamiento diferenciado. Esto permite, flexibilidad en la aplicación del principio de “*lex loci laboris*” para adaptarse a situaciones particulares y garantizar una protección social efectiva y equitativa para todos los trabajadores migrantes dentro del marco de estos Convenios Iberoamericanos de Seguridad Social.

Asimismo, los convenios establecen las reglas para determinar la aplicación de la legislación de Seguridad Social en cada caso. Estas reglas se resumen en:

- a) Si el trabajador realiza su actividad laboral en el mismo país donde reside, se aplica la legislación de seguridad social de ese Estado, ya sea por cuenta ajena o actividad independiente.
- b) En el caso de trabajadores por cuenta ajena en ciertas actividades, si la empresa tiene su sede en un Estado, pero destina al trabajador a otro Estado, este seguirá sujeto a la legislación del primer Estado por un máximo de 12 meses, con posibilidad de prórroga por otros 12 meses. Esta misma regla, se aplica a quienes ejercen una actividad independiente en un Estado Parte y se trasladan para ejercerla en otro Estado, aunque en este caso, solo se permite durante 12 meses sin prórroga.

### **c. Conservación de derechos adquiridos**

El principio de conservación de los derechos adquiridos, ha sido fundamental para proteger los derechos y beneficios que los trabajadores migrantes han obtenido en un país miembro cuando se trasladan a otro país participante en el convenio. Esto garantiza la continuidad y estabilidad de su protección social.

Este principio elimina las cláusulas de territorialidad típicas de las legislaciones nacionales de Seguridad Social. Su objetivo es facilitar la movilidad de las personas, especialmente de los trabajadores, entre los Estados de la Comunidad Iberoamericana que han ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo de Aplicación. La idea es proteger a los trabajadores migrantes de posibles perjuicios que puedan surgir debido a cambios en su residencia (García Romero, 2016, p. 3).

En esencia, este principio asegura, que los trabajadores migrantes conserven sus derechos consolidados en un Estado Parte, garantizando que no se pierdan o se reduzcan al cambiar de país de residencia. También se asegura, la conti-



nidad en el disfrute de las prestaciones ya obtenidas, independientemente de dónde resida el beneficiario dentro de otro Estado Parte distinto al Estado competente.

Sin embargo, es importante mencionar, que el principio de conservación de los derechos adquiridos, igualmente contempla la posibilidad de que las prestaciones sufran alguna reducción o retención si se destinan a cubrir gastos de transferencia. Aunque el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, difiere en este aspecto del Reglamento 883/2004, que no permite reducciones en la cuantía de las prestaciones, incluso para compensar los costos de transferencia a otro Estado parte.

#### **d. Conservación de las expectativas de derechos de pensión**

El principio de totalización de períodos de cotización de seguro, cotización o empleo, junto con la aplicación de la regla de *“prorrata”*, tiene como objetivo principal, la conservación de las expectativas de derechos de pensión, lo que se traduce en evitar que los derechos de Seguridad Social se vean afectados negativamente o se alcancen en una menor cuantía, debido a haber cotizado en varios Estados.

Tales Convenios, contemplan que los períodos cotizados en distintos Estados, puedan ser sumados, y cada institución de los Estados, considerará estos períodos como si fueran cotizados en su propio país, siempre y cuando no se superpongan. Este principio se aplica tanto para adquirir el derecho a la prestación, conservarla o recuperarla, como para determinar la duración de las prestaciones y la base reguladora de las mismas.

En situaciones donde los períodos de aseguramiento son cortos (menos de un año), el Convenio establece medidas para prevenir la manipulación en la elección de la legislación más favorable al trabajador, permitiendo la totalización y el prorrateo entre los Estados implicados. Esto se aplica cuando el trabajador tenga períodos inferiores a un año de seguro en otro Estado, lo que llevará a la totalización de estos períodos.

Para que se aplique este principio, deben cumplirse dos condiciones: primero, que sea necesario y, segundo, que no exista superposición de períodos cotizados. En el evento de superposición en más de un Estado, cada país considerará solo los períodos realizados dentro de su territorio. Además, cuando no se pueda determinar la época exacta de ciertos períodos de seguro, se presume que no se superponen entre sí con los períodos de otros Estados.

En consonancia con lo manifestado, la conservación de las expectativas de derechos de pensión se realiza mediante la regla de “prorrata”, de tal manera que, cada Estado pagará la parte proporcional correspondiente a las cotizaciones realizadas en su territorio, incluso si se han totalizado todos los períodos de diferentes Estados. Entonces, la regla garantiza que el beneficiario reciba la parte proporcional que le corresponde, según sus cotizaciones en cada Estado, sin distorsiones en la determinación del importe de la prestación (Benítez, 2017, pp. 64-65).

### **e. Colaboración armónica**

En cuanto a este principio, ha sido objeto de promoción activa de la cooperación entre los sistemas de seguridad social de los países participantes. El apoyo se manifiesta a través del intercambio de información, la coordinación de políticas y la ayuda en la gestión de prestaciones, con el fin de asegurar una protección social efectiva y eficiente para todos los trabajadores migrantes en la región iberoamericana (Cevallos, 2017, p. 39).

Se trata de un mecanismo de coordinación que no busca modificar ni reemplazar las legislaciones nacionales, sino que establece diferentes formas de colaboración y cooperación entre las instituciones administradoras de seguridad social de los Estados miembros. Esto incluye, el intercambio de información relevante, la coordinación en aspectos financieros, la consideración de aspectos fiscales y la resolución de posibles conflictos que puedan surgir entre estas instituciones.

Es en este punto, en el que encontramos las reglas de reconocimiento para que los principios, como fuente autónoma de derecho internacional, sean aplicados de manera homogénea a la interpretación y ejecución del CMISS. Ha de tenerse en cuenta, lo escrito en el CMISS, sobre los derechos económicos y sociales, que como efecto cascada, se tienen como derechos humanos sociales, y por ende, amplían otros instrumentos. De allí que, se hizo necesario encontrar reglas de reconocimiento, para nuestro caso, principios generales; los cuales, tendrán aplicación análoga en los países iberoamericanos. Se recalca, no es de manera insular que deben tomarse los principios y su aplicación en cada Estado, sino de manera íntegra y amalgamada, pues los principios deben ser la fórmula aritmética para la aplicación del CMISS, es entonces, el CMISS fuente de derecho internacional social, fuente de derechos humanos sociales, y lógicamente, fuente obligacional para que se respeten las maneras de sumar las cotizaciones dentro de los países iberoamericanos.

## Resultados

Con base en todo lo mencionado, el presente artículo de investigación logra arrojar una serie de resultados, los cuales permiten determinar que el CMISS como los Convenios Iberoamericanos de Seguridad Social en nuestra región, se centran en una serie de principios y postulados normativos que vinculan al derecho vivo de los pactos internacionales y la cooperación entre los Estados, en especial, al referirse a principios tales como la buena fe, *pacta sunt servanda*, *ex consensu advenit vinculum*, entre otros.

Por una parte, es menester resaltar el sistema interestatal que ha consolidado Iberoamérica por medio de sus convenios en materia de seguridad social y de las protecciones de los derechos humanos sociales, toda vez que el manto regulador de cada una de las naciones protege a sus conciudadanos, sin importar que los mismos se encuentren radicados en otros países de Estados suscriptores de estos convenios.

Por otra parte, la cooperación internacional, ha desempeñado un papel fundamental en la promoción de las garantías y protecciones de los derechos de seguridad social en nuestra región, lo que ha permitido la adhesión de compromisos de ejecución de sistemas pensionales eficaces, con buenas prácticas estatales. Ello faculta a los beneficiarios del CMISS a tener un instrumento internacional que permite acumular las cotizaciones en países iberoamericanos, en aras de salvaguardar un derecho humano: la pensión.

Del análisis proyectado, se logra formular un trazo del mapa, una guía para que el CMISS tenga camino en medio de unos principios del derecho internacional laboral vinculante para los países suscriptores y que, la Seguridad Social en Iberoamérica no sea vista como una región de estudio, sino una región de inicio en normas internacionales en trabajo, que logran armonizar derechos pensionales.

Por último, los convenios referenciados, representan un compromiso conjunto entre las naciones suscriptoras, ello garantiza, que los ciudadanos tengan acceso real a una protección social adecuada en situaciones de contingencia, donde no solo contribuye al bienestar de la población en toda la región, sino a la configuración de un derecho social en procura de un instrumento que legitima la sumatoria de cotizaciones.

## Referencias

Amnistía Internacional, 5 de noviembre de 2020. Cortés, J., Tratados Internacionales, la base de la convivencia planetaria. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tratados-internacionales/>

Barberis, J. A. 1982. El concepto de tratado internacional. Anuario español de derecho internacional, 6, págs. 3-28. Disponible en: [https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20995/1/ADI\\_VI\\_1982\\_01.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20995/1/ADI_VI_1982_01.pdf)

Bermúdez, G. M., & Villalobos, P. K. 2017. Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina. Revista latinoamericana de derecho social, 25, págs. 37-70.

Carrascosa Bermejo, Dolores, 2012. Buenas prácticas en el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes a la luz del Anexo XI del reglamento CE/883/2004 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-2013 sobre el asunto Salgado González (C-282/11). Proyecto DER 2012-23111. Ministerio de Economía y Competitividad.

Cevallos Zambrano, J. L. 2017. Análisis crítico del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

CIDH. CASO LOAYZA TAMAYO cumplimiento de la sentencia del 17 de noviembre de 1999. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec60.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (UNTS, vol. 1155, p. 331) [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)

Corte Constitucional, 1993. Sentencia de Constitucionalidad 276. Expediente L.A.T. 013. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-276-93.htm#:~:text=C%2D276%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=En%20el%20caso%20bajo%20examen,instrumentos%20p%C3%BAblicos%20internacionales%20ya%20perfeccionados>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/ABCannexessp.pdf>

García, E. D. C. T., Reyes, A. A., & Romero, M. A. 2006. Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional. Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>

Gómez, M. I. G. 2011. Lo que queda del principio clásico pacta sunt servanda. *Derecho y cambio social*, 8 (25), 9. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5497978.pdf>

GUGGENHEIM, *Traite de Droit international public*, 2a. Ed., Geneve, 1967, 1.1, pp. 93 ss.

HANS KELSEN: *Principles of International Law*, 1952, pp. 322-323.

HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 17 ss.

Herrera, E. 2020. Efectos de los Tratados en el Derecho Internacional. Universidad Técnica Particular de Loja. Abril. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/341030331\\_Efectos\\_de\\_los\\_Tratados\\_Derecho\\_Internacional](https://www.researchgate.net/publication/341030331_Efectos_de_los_Tratados_Derecho_Internacional)

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA, 2018. Criterio de gestión: 3/2018. Materia: Aplicación de normas internacionales. Jubilación anticipada voluntaria. Importe a comparar con la cuantía de la pensión mínima. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/86c43c-ff-395d-4f38-8a1a-553d0e7985a7/CRITERIO+DE+GESTION+3-2018.pdf?MOD=AJPERES#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20se%20calcula,se%20determina%20la%20pensi%C3%B3n%20prorrata.>

JACOB SÁNCHEZ, Francisco Manuel. 2017. La génesis del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social.

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Washington, ONU, 2016, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

Organización de los Estados Americanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Washington, OEA, 2016, en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm)

Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 1978. Convenio Iberoamericano de Cooperación de Seguridad Social de Quito.

Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2021. 10 Años de vigencia, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

Organización Internacional del Trabajo, El desafío de la Seguridad Social en América Latina, Lima, OIT, 2016, en [http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/direcci%C3%B3n-regional/WCMS\\_343190/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/direcci%C3%B3n-regional/WCMS_343190/lang--es/index.htm)

Organización Internacional del Trabajo, 2024. Convenios y Recomendaciones. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

Organización de Naciones Unidas, 1969. Convención de Viena sobre derechos de los Tratados. U.N. Doc A/CONF:39/27, 1155 U.N.T.S. 331. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/convencion\\_de\\_viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/convencion_de_viena_sobre_derecho_tratados_colombia.pdf)

Organización de Naciones Unidas, 2024. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>

Organización de Naciones Unidas, 2006. Oficina para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Nueva York. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/coretreatiessp.pdf>

Organización de Naciones Unidas, 2024. Treaty Collection. Frequently Asked Questions. Disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/faq/page1\\_en.xml](https://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/faq/page1_en.xml)

Sánchez, F. M. J. 2016. Introducción histórica. La génesis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. e-Revista Internacional de la Protección Social, 1(2), 1-11.

Torres Tarazona, L., 2023. Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. Columna de Opinión. Legis. Disponible en: <https://preambitojuridico.legis.com.co/noticias/columnista-online/modelos-pensionales-publicos-privados-o-mixtos>

Universidad Externado de Colombia, 2023. Boletín de Política Económica y legal, “La denuncia de los tratados internacionales”. Los poderes presidenciales en la negociación, terminación y denuncia de los tratados internacionales. ISSN digital: 2711-3205. Disponible en: [https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/08/20230906-Boletin-110\\_Denuncia-de-los-Tratados-Internacionales.pdf](https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/08/20230906-Boletin-110_Denuncia-de-los-Tratados-Internacionales.pdf)

Villacís, B. 2008. La convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Asociación de funcionarios y empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano AFESE, 49, 62-64. <https://afese.com/img/revistas/revista49/convencionviena.pdf>

Villalobos, L. 2004. Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, (22), 65-95. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102202.pdf>

Zlata Drnas de Clément. (s.f.). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf>


Zuluaga Pineda, O. A. 2023. Los tratados y Acuerdos en el Derecho internacional Público y Privado. Disponible en: <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/54ca937f-b0e7-4cf3-8bf9-dce632238f57/content>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2022. SL459-2022, Radicación n.º 81438. MP Dr. Carlos Arturo Guarín, 14 de febrero de 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN COLOMBIA, 2021, radicado 05001-31-05-011-2017-00209-01, 22 de enero de 2021.







## Aspectos jurídicos relativos al sistema pensional de Colombia y de otros países de Iberoamérica

*Rafael Rodríguez Mesa<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Abogado laboralista; profesor investigador de jornada laboral completa de la Facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla; *magister* en Seguridad Social de la Universidad de Alcalá y; miembro de la junta directiva nacional de ASOLABORES y de la ALAL.



## Introducción

Dicen que los momentos más importantes y felices de la existencia humana, se experimentan durante la infancia, y que estos permanecen por siempre en la memoria. Pero, tal vez, esta no es la única etapa en donde se enmarcan los recuerdos más significativos. Para Simone De Beauvoir, la vejez es la fase más noble y realizada de la condición humana, y quizás esto se deba a que se está al final del proceso biológico.

En este orden de ideas, todas las personas al momento de envejecer, tienen derecho a gozar de una vejez digna, y el Estado debe ser garante de ello. En razón a esto, en el presente capítulo se pretende dilucidar aspectos relacionados con la situación del sistema pensional colombiano desde su conformación, estructura, afiliados, problemas, requisitos para acceder al derecho pensional, contexto histórico antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y las principales modificaciones legislativas que se han realizado desde el 2003. Escribimos un análisis de derecho comparado con respecto a los requisitos pensionales en Argentina, Chile, Cuba, España y Estados Unidos Mexicanos. Por último, un comentario crítico con respecto al proyecto de reforma pensional que presentó el Gobierno Nacional al Congreso de la República en 2023 y que, al momento de escribirse este capítulo, estaba en plena discusión parlamentaria.

## Generalidades del sistema general de pensiones en Colombia

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, coexisten en Colombia, dos regímenes pensionales: Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por cuatro (4) Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP).

En nuestro concepto, esta es la principal falencia del Sistema General de Pensiones colombiano, porque el de prima media, es una modalidad de los

sistemas conocidos genéricamente como de reparto simple, y el RAIS, es un sistema de capitalización individual, tal y como se creó a partir de 1980 en Chile por el Decreto 3.500 de ese año.

La coexistencia de dos regímenes que son antitéticos en su funcionamiento, en sus modalidades pensionales, en su financiación, en la fórmula para fijar la primera mesada pensional y en el monto de la misma, entre otras diferencias, ha llevado no solo a un mal funcionamiento del sistema pensional colombiano, sino a que los juzgados laborales (justicia ordinaria laboral), estén en la actualidad, totalmente congestionados por miles de demandas de personas buscando su traslado del RAIS a prima media (COLPENSIONES), para obtener un mayor monto monetario en sus mesadas pensionales.

## Diferencias entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad

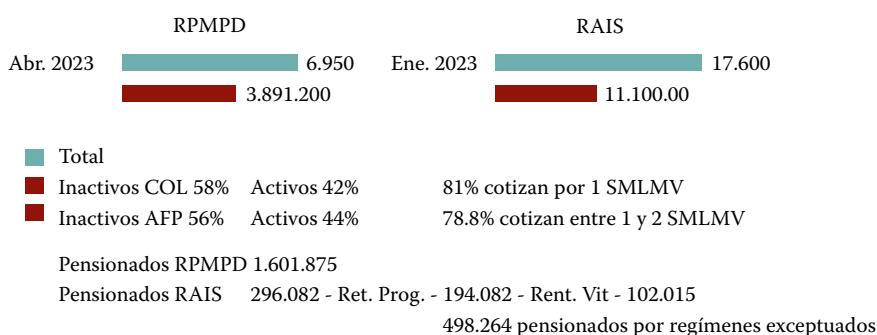
En el régimen de prima media, las cotizaciones de empleadores y trabajadores, van a un fondo común de naturaleza pública manejado por COLPENSIONES, mientras que en el RAIS, las cotizaciones van en un porcentaje a la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. En el RPMPD, el derecho a

RPMDD	RAIS	RPMDD	RAIS
COTIZACIONES		¿QUÉ PASA CUANDO NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS PENSIONALES?	
No se pueden hacer cotizaciones adicionales a las señaladas por la ley.	Se pueden hacer cotizaciones adicionales.	En caso de no cumplir con los requisitos exigidos para pensionarse, la administradora solo pagará una indemnización sustitutiva.	En caso de no alcanzar la pensión por no constituir el capital personal, la administradora deberá devolver el saldo acumulado en la cuenta individual de ahorro personal.
REQUISITOS PENSIONALES		MONTO PARA PENSIONARSE	
El derecho pensional se adquiere cuando el afiliado llega a la edad de pensión (mujeres 57 y hombres 62) y cotiza el número mínimo de semanas exigido por la ley.	El derecho pensional se adquiere cuando el saldo de la cuenta de ahorro pensional del afiliado le permite obtener una mesada pensional superior al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la L100 (EC 23/93) reajustado anualmente según la variación del IPC certificado por el DANE.	Los afiliados se pensionan máximo con el 80% del IBL, excepto los beneficiarios del régimen de transición.	Se pensiona con la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos y el valor del bono pensional si tiene derecho a él.
TIPO DE FONDO		MODALIDADES PENSIONAL	
Fondo común de naturaleza pública.	Privado, cuentas de ahorro individual.	Solo existe una.	Existen siete modalidades de pensiones.

la pensión de vejez se adquiere cumpliendo dos requisitos: edad y número de semanas cotizadas. La edad de los hombres es 62 años y la de las mujeres 57. Para ambos sexos, se requieren 1.300 semanas cotizadas, pero como lo veremos más adelante, la sentencia C-197 de 2003 resolvió, que a partir del 2026, el número de semanas exigido a las mujeres, disminuirá paulatinamente, hasta alcanzar el número de 1.000 a partir del 1° de enero de 2036.

## Situación actual del sistema pensional de Colombia

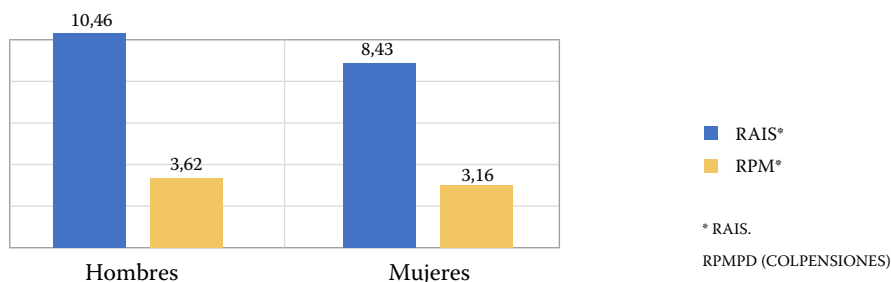
### Afiliados y pensionados SGP



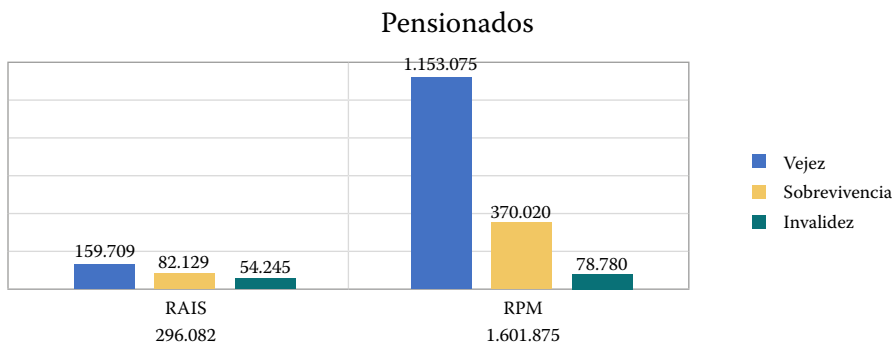
Fuente: Superfinanciera, FASECODA, MT. 2023

En el cuadro presentado anteriormente, se evidencia el número de personas que se encuentran afiliadas a los dos regímenes, sin embargo, el 58% del total de los afiliados a COLPENSIONES se encuentra inactivo, es decir, no han cotizado a la administradora por lo menos hace 6 meses. En el RAIS, el 44% de los afiliados no cotizan desde hace 6 meses. La principal razón para que esto ocurra, es que estas personas estuvieron laborando en el sector formal de la economía y por ende cotizaban al régimen pensional, pero al momento de quedar cesantes y engrosar las filas de la informalidad o del desempleo, dejaron de cotizar.

### Junio 2023. Afiliados por sexo

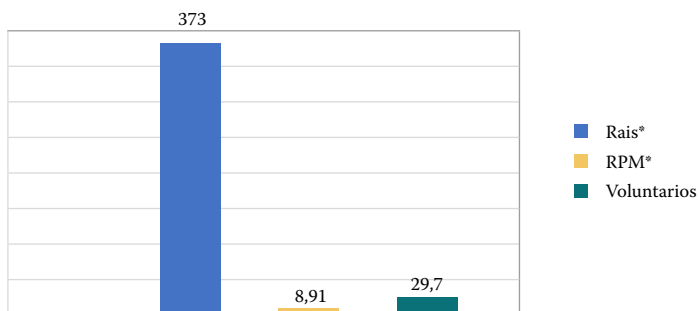


La segunda gráfica muestra, que en una sociedad como la colombiana, machista en muchos aspectos, hay muchos más hombres que mujeres afiliados al Sistema General de Pensiones (SGP).



En esta gráfica se observa, que en el RPMPD (Colpensiones), hay muchos más pensionados por vejez, invalidez y sobrevivencia, que en el RAIS. La razón es que el primero de los regímenes, se inició con el Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224 de ese mismo año, mientras que el RAIS nació el 1° de abril de 1994, por disposición del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

**Recursos pensionales (Billones de pesos)**

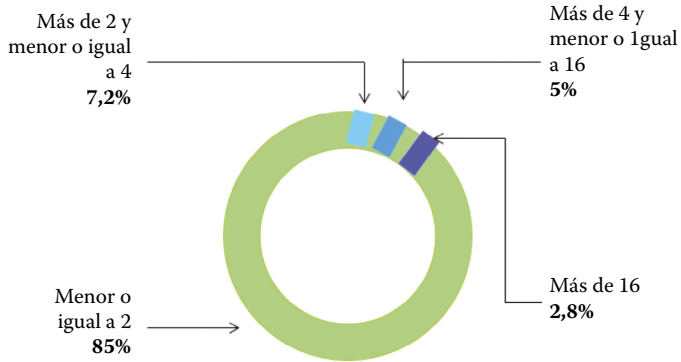


Fuente: Superintendencia Financiera

Las SAFP del RAIS, tienen actualmente del ahorro pensional de los colombianos, la suma de 373 billones de pesos, mientras que el fondo común de naturaleza pública de Colpensiones, está agotado por una razón principal: Los gobiernos colombianos incumplieron sistemáticamente con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, sobre la triple contribución forzosa de los afiliados, de los empleadores y del Estado. Posteriormente, mediante el artículo 31 del D.L. 433

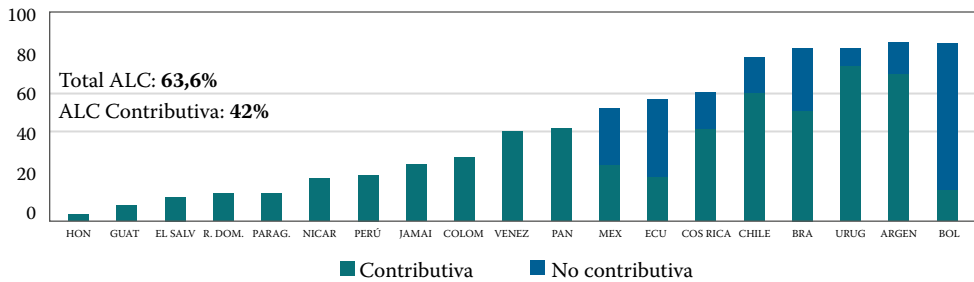
de 1971 y del ulterior artículo 22 del D.L.1650 de 1977, repetimos, el Estado colombiano se autoeximió de sus aportes al sistema del seguro social; esto significó, que el trípode financiero bismarckiano, nunca funcionó en Colombia.

Afiliados por salarios mínimos (Datos porcentuales)



En esta gráfica, mostramos otra debilidad del sistema pensional colombiano, referente a los bajos salarios que reciben la inmensa mayoría de sus afiliados, lo que redundará en bajas pensiones.

Cobertura de pensiones en América Latina y el Caribe  
Porcentaje de personas con 65 o más años, que cobran una pensión

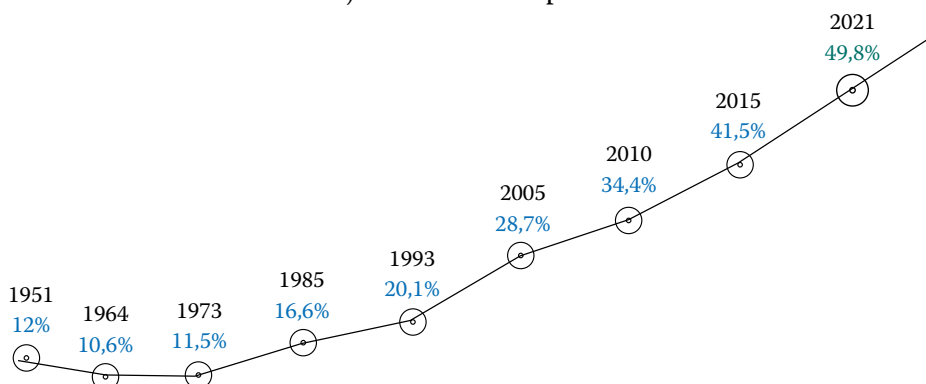


Fuente: Estados Unidos de la Oede - Colombi, enero de 2019

Así como la eficacia de un sistema de salud se evalúa fundamentalmente por dos indicadores: cuantos niños mueren por cada mil nacidos vivos durante el primer año de vida y de cada cien mil partos cuantas mujeres mueren, en los sistemas de pensiones, el indicador es el siguiente: de cada cien adultos mayores de 65 años, cuántos están pensionados. Se aprecia en la gráfica que, mientras en

países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile y Costa Rica, se está por encima de 50 y aun por encima de 80%, en Colombia, solo 24 o 25 adultos mayores de 65 años, están pensionados. Un índice bajísimo.

El índice de envejecimiento de triplicado en 6 décadas



Fuente: Misión Colombia envejece-Fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo.

El envejecimiento de la población colombiana y mundial, se ha dado en una progresión casi geométrica. En 1950, el promedio de vida de los hombres en Colombia era de 48 años y el de las mujeres era 53-54 años. En 2021, la esperanza de vida para las mujeres estaba en 76,44 y en los hombres 69,40, en total la expectativa de vida se sitúa en 72,82. Se estimó que en 2021, en Colombia residen 7.107.914 personas adultas mayores de 60 y más años, lo que equivale al 13,9 % de la población, el 55,1 % eran mujeres 3.918.300 y el 44,9% hombres (3.189.314). Se proyecta que 23.117, tenían 100 años o más, de los cuales el 37,3% son hombres y el 62,7% mujeres (DANE, 2021).

## Edad pensional en Colombia y en algunos países de América

En Colombia, la edad para acceder a la pensión de vejez, no ha sido igual entre mujeres y hombres. Siempre la edad pensional de las mujeres ha sido cinco (5) años menor que la de los hombres.

El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo -CST-, estableció la edad de jubilación en 55 años de edad para los hombres y 50 para las mujeres.

El Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte (IVM), elevó la edad pensional a



60 años hombres y 55 mujeres y haber acreditado un número de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades indicadas o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo (art. 11).

La Ley 797 de 2003 (artículo 9º), elevó las edades a 57 años mujeres y 62 hombres, a partir del 1º de enero de 2014, y subió el número mínimo de semanas cotizadas a 1300 para ambos sexos.

Un estudio realizado por la Universidad de los Andes (2021), revela que “solo el 12,1 % de las mujeres pueden acceder a una jubilación, frente a un 22,5 % de los hombres. Una diferencia porcentual de 10,4 puntos”.

Sin embargo, con respecto a esto, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C- 410 de 1994, declaró que la diferencia de edades entre ambos sexos, es constitucional, debido a que las mujeres laboran más que los hombres; un ejemplo, son aquellas que se dedican a la economía del cuidado en los hogares, fundaciones, etc. Además de esto, señala la Corte, que históricamente la mujer se ha enfrentado a situaciones de discriminación en el campo laboral, exclusión política y económica, lo cual fundamenta la tesis de que la diferencia de edad se ajusta a los lineamientos constitucionales.

En la sentencia C-410 de 1994, la Corte Constitucional hace una diferencia entre igualdad formal e igualdad sustancial, señalando que esta última “alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho.” Señaló igualmente la Corte lo siguiente: “En otras palabras, la igualdad sustancial, según la Corte, tiene un carácter remedial, corrector, defensivo y compensador de personas y de grupos de personas objetivamente afectados por condiciones de inferioridad, las cuales se tratan de corregir mediante la implementación de acciones afirmativas por parte de la legislación.

La sentencia en estudio, declaró exequible todas las normas que en la Ley 100 de 1993 determinaron, que la edad pensional de las mujeres, es cinco (5) años inferior a la de los hombres, no obstante ser estas más longevas.

La Corte Constitucional declaró que en Colombia, hay una evidente discriminación de la mujer en el campo laboral y al respecto señaló:

“Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable, la escasa valoración social y el desconoci-

miento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, (...)”.

Habiendo constatado la Corte, que las mujeres y los hombres conforman grupos cuyas condiciones de vida son diferentes, sobre todo por el trabajo doméstico no remunerado, rechazó los argumentos esbozados en la demanda de inconstitucionalidad y declaró:

“La previsión de una edad diferente, menor en la mujer para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.”

Recientemente, el tribunal constitucional colombiano, profirió la sentencia C-197 de 2023, en la cual declaró la inexecutable del inciso 2° del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que había modificado el inciso 2° del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el apartado final del inciso 5° del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que había modificado el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con relación a sus efectos para las mujeres.

El inciso demandado es del siguiente tenor literal:

“A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el 2015”.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la exigencia de 1300 semanas de cotización para que las mujeres adquieran el derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, quedando en 1000 semanas, tal y como se exigía en el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993.

En esta sentencia, la Corte Constitucional difirió los efectos de la declaratoria de inexecutable hasta el 31 de diciembre de 2025, para que en dicho lapso, el Congreso de la República en coordinación con el gobierno nacional, en el

marco de sus competencias, adopte un régimen de causación del derecho a la pensión de vejez, en el que se considere integralmente el enfoque de género y, especialmente, la condición de las mujeres cabeza de familia. También señaló la Corte, que una vez expire dicho término, a partir del 1° de enero de 2026, y si el Congreso no establece el régimen pensional indicado en la sentencia en análisis, el número de semanas mínimas de cotización que se exija a las mujeres para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media, se disminuirá en 50 semanas y, a partir 1° de enero de 2027, se disminuirá en 25 semanas cada año, hasta llegar a 1.000 semanas. Como la reducción del número de semanas exigido es gradual, descenderá a 1000 semanas a partir del 1° de enero de 2036.

En la sentencia C-197 de 2023, la Corte exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional, para que adopten las políticas y programas complementarios a la política pública pensional, que contribuyan a cerrar la brecha para que haya equidad de género frente a escenarios que impliquen barreras para que las mujeres accedan a la pensión, especialmente en lo relativo al reconocimiento de la economía del cuidado.

La economía del cuidado, comprende la producción, distribución, intercambio y consumo de los servicios de cuidado. Su inserción en el sistema de cuentas nacionales, busca visibilizar la relación entre el trabajo remunerado y el no remunerado, a partir del estudio de la distribución de tiempo en cada uno.

El artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, define la economía del cuidado como “el trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. Esta categoría del trabajo es de fundamental importancia económica en una sociedad”.

El artículo 3° de la Ley 1413, clasifica las actividades de trabajo de hogar y de cuidado no remunerado, pero a modo de ejemplo, no es taxativo.

1. Organización, distribución y supervisión de tareas domésticas.
2. Preparación de Alimentos.
3. Limpieza y mantenimiento de vivienda y enseres.
4. Limpieza y mantenimiento del vestido.
5. Cuidado, formación e instrucción de los niños (traslado al colegio y ayuda al desarrollo de tareas escolares).

6. El cuidado de ancianos y enfermos.
7. Realizar las compras, pagos o trámites relacionados con el hogar.
8. Reparaciones al interior del hogar.
9. Servicios a la comunidad y ayudas no pagadas a otros hogares de parientes, amigos y vecinos.

La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-197 de 2023, que la invisibilidad del trabajo no remunerado en la economía del cuidado, que mayoritariamente es ejercido por las mujeres, ocasiona una deficiencia estructural, que impide realizar adecuadas condiciones de justicia material para aquellas. Señaló la Sala Plena, que la igualdad en 1.300 semanas de cotización en hombres y en mujeres, genera un sacrificio desproporcionado de los derechos de las segundas a la dignidad humana (art. 1° CP), a la igualdad (art. 13 CP), a la seguridad social y a la pensión (art. 48 CP), al mínimo vital (art. 55 CP) y a obtener una protección especial en el ámbito laboral y de la seguridad social (art. 43 CP).

De acuerdo a la Corte Constitucional, respecto a la tensión entre los principios constitucionales de universalidad de la seguridad social y sostenibilidad financiera de la misma, si bien es cierto que, la norma inexecutable tiende a garantizar el segundo de los principios, no lo es en cuanto al principio de progresividad, en lo que atañe al acceso de las mujeres a la pensión de vejez.

Resaltamos, que en Colombia las mujeres trabajan casi cuatro (4) horas diarias más que los hombres según información del DANE, publicada en la edición del Espectador del 23 de marzo de 2021. La sobre carga de trabajo doméstico y de cuidado, impide a las mujeres dedicar ese tiempo a estudiar, generar ingresos o descansar. Según el DANE, si se pagara el trabajo doméstico y de cuidado del hogar, equivaldría a cerca del 20% del PIB.

Estos datos fueron revelados en la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT), con la que se busca generar información sobre el tiempo dedicado por la población de 10 años de edad o más, a actividades de trabajo, remunerado y no remunerado. Al sumar las horas diarias promedio dedicadas a actividades de trabajo remunerado y no remunerado, se tiene un total para los hombres de 12 horas y 6 minutos frente a 15 horas y 49 minutos para las mujeres. De acuerdo con el informe, el tiempo diario promedio dedicado a actividades de trabajo, se incrementó en 1 hora y 21 minutos para las mujeres, mientras que disminuyó en 21 minutos para los hombres entre 2016 y 2020.<sup>1</sup>

---

1 El Espectador, edición del 23 de marzo de 2021.

En su edición del 23 de julio de 2021, el diario El Tiempo, publicó una información relacionada con la ENUT y señaló lo siguiente:

Mientras que un hombre dedica 3 horas y 10 minutos a actividades de trabajo no remunerado, tales como lavar la losa, el baño, cocinar o estar pendiente de los niños, entre otros, una mujer se gasta en promedio cada día hasta 7 horas y 55 minutos.

A parte de la brecha de género que existe, lo más impactante del informe es que, a mediados del año 2021, las mujeres destinaban 1 hora más de lo que gastaban en 2017 en este tipo de actividades, y ello, a costa de su tiempo personal que se ha reducido.

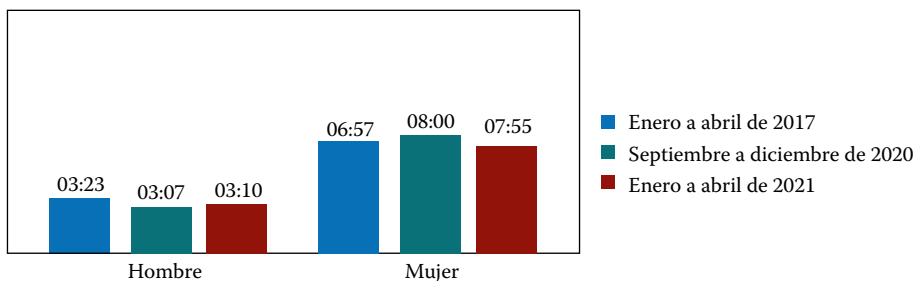
En la información de prensa, el Director del DANE de la época señaló: “El paso de 6 horas y 57 minutos que destinaban las mujeres en 2017 a 7 horas y 57 minutos es una diferencia estadística significativa. Tienen una hora más de trabajo doméstico, algo que no sucede en la misma proporción en el caso de los hombres. Y eso no se hace a costa del trabajo remunerado, sino del tiempo destinado a las actividades personales”.

En el estudio se resalta, para el período de enero a abril de 2021, que las mujeres dedicaron en promedio, 4 horas y 55 minutos a las actividades de educación. Esto representa, 1 hora y 12 minutos menos que lo encontrado entre enero y abril de 2017. Señaló el DANE, que el 90,8% de las mujeres de 10 años y más, participó en tareas domésticas en este período, mientras que el porcentaje de los hombres, llegó a 63,8%. Al contrario, el 52,6% de ellos, realizaron actividades de trabajo remunerado frente a un 28,9% de ellas.

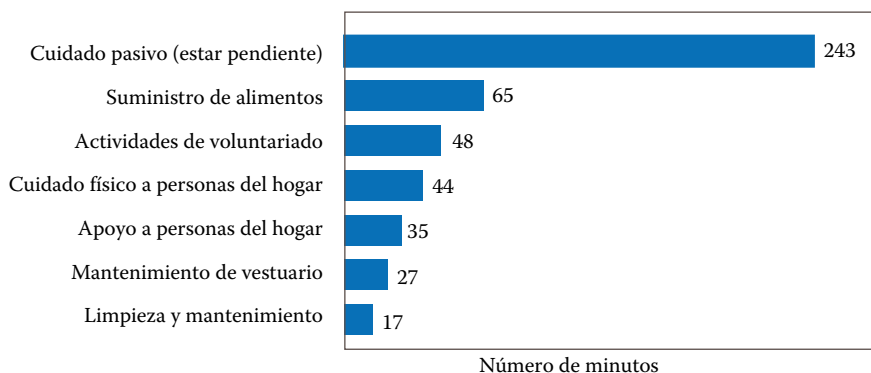
La mayor diferencia en las tareas domésticas, se registró en las actividades de cuidado pasivo, donde las mujeres gastan 4 horas más que los hombres en el promedio diario. Reportaron 10 horas y 56 minutos, mientras que ellos, solo 6 horas y 52 minutos. Las mujeres gastan 65 minutos más en las tareas de suministro de alimentos y 27 minutos más en las relacionadas con el mantenimiento del vestuario. La diferencia es de 48 minutos en las actividades de voluntariado y de 44 minutos en otras tareas de cuidado físico a personas del hogar.

Tomando como base estos datos estadísticos, estamos de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional en las sentencias C-410 de 1994, que declaró exequible la diferencia de 5 años de edad para acceder a la pensión de vejez en Colombia (57 mujeres, 62 hombres) y la que hemos analizado C-197 de 2023.

Encuesta nacional de uso del tiempo (ENUT)  
 Tiempo diario promedio en actividades de trabajo no remunerado



Diferencia en tiempo promedio dedicado por mujeres respecto a hombres  
 (Enero a abril de 2021)



Disminución de semanas para la pensión de vejez de mujeres en el RPMPD  
 Sent. C-197/2023

Fecha	Disminución	Total semanas
Enero 1º/2026	disminución 50 semanas	1.250
Enero 1º/2027	disminución 25 semanas	1.225
Enero 1º/2028	disminución 25 semanas	1.200
Enero 1º/2029	disminución 25 semanas	1.175
Enero 1º/2030	disminución 25 semanas	1.150
Enero 1º/2031	disminución 25 semanas	1.125
Enero 1º/2032	disminución 25 semanas	1.100
Enero 1º/2033	disminución 25 semanas	1.075
Enero 1º/2034	disminución 25 semanas	1.050
Enero 1º/2035	disminución 25 semanas	1.025
Enero 1º/2036	disminución 25 semanas	1.000

## Fórmula para fijar el monto de la primera mesada pensional en el régimen de Prima Media con Prestación Definida

A partir del 1° de enero de 2004, se aplican en Colombia las siguientes reglas en lo referente al monto de la pensión:

El monto mensual de la pensión: “correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65% del IBL de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará, con una fórmula establecida en el artículo 10° de la Ley 797 de 2003”:

$$r = 65.50 - 0.50s, \text{ donde:}$$

$r$  = porcentaje del ingreso de liquidación.

$s$  = número de SMLMV

Esta fórmula, disminuye: “El monto de la pensión de vejez en forma proporcional al monto del Ingreso Base de Liquidación (IBL), que es el promedio de todos los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez, actualizados anualmente con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE). Mientras más veces quepa el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) en el IBL del pensionado, menor será el monto de la primera mesada pensional”. Veamos un ejemplo:

Con un IBL equivalente a cuatro (4) SMLMV

$$r = 65.50 - 0.50 \times 4 = 2 \longrightarrow \text{monto de la pensión } 63.50$$

A partir del año 2004, el monto mensual de la primera mesada pensional de vejez, será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 80% del IBL de los afiliados en forma decreciente con relación a su nivel de ingresos.

Además, a partir del año 2005, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1,5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, calculado con base en la siguiente fórmula:

$$\text{Monto definitivo de la pensión} = r + \%a, \text{ donde}$$

$$r = \text{monto inicial}$$

$\% a = 1.5\%$  adicional por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas.

Ponemos un ejemplo:

Un afiliado cotizó durante 30 años 1.470 semanas desde 1995 hasta el 2023. Su IBL es de \$4.640.000. El SMLMV del 2032 es \$1.160.000.

Entonces:

$$\begin{aligned} \text{IBL} &> \$4.640.000 \\ \$4.640.000 : \$1.160.000 &= 4 \\ r &= 65.50 - (0.50 \times 4 = 2) = 65.50 - 2 = 63.50 \end{aligned}$$

En el año 2023, las semanas mínimas requeridas para pensionarse son 1.300. Como el afiliado cotizó 1.470 semanas, y las mínimas requeridas son 1.300, éste tiene excedente de 170 semanas, el cual se divide entre 50 y nos da 3.4, que lo multiplicamos por 1.5% y arroja 5.1.

Monto definitivo de la pensión

$$R (63.5) + \% a (5.1) = 68.6\% \text{ para porcentaje final del IBL.}$$

La primera mesada pensional de este afiliado será de \$3.183.040.

## Régimen de ahorro individual con solidaridad

A partir de la expedición del Sistema General de Pensiones Colombiano y la creación coetánea del RAIS (1° de abril de 1994), han existido 12 sociedades administradoras de fondos de pensiones (SAFP), y hoy solo quedan 4, haciendo irrealizable lo establecido en el artículo 90 de la Ley 100 de 1993, que autorizó a que: “Entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y cajas de compensación familiar, pudieran crear SAFP”.

Dentro de la dinámica del capitalismo en Colombia, los grandes conglomerados financieros integrados por capital colombiano y extranjero, monopolizaron la creación de las administradoras y las más poderosas, utilizando la figura del derecho comercial de la fusión por absorción.

Las cuatro (4) SAFP existentes en Colombia son:

Sociedad administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, la cual pertenece al grupo AVAL, integrado entre otras entidades, por los bancos AV VILLAS, Occidente, Bogotá y Popular.

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Forma parte del grupo empresarial antioqueño (GEA), en forma de holding con otras



empresas del grupo y del banco más grande de Colombia, llamado Bancolombia.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Hace parte del grupo Hábitat, y los accionistas que integran este grupo, se clasifican de la siguiente manera: el 20% lo conforman los accionistas minoritarios, los cuales cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores de Chile, el 40% lo conforma “PRUDENTIAL” la cual es una de las compañías de seguros más importantes en Estados Unidos, con presencia en más de 40 países, y el otro 40 %, corresponde a Holding.

AFP Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías. Se conforma en 1855 en Suecia, está integrada por importantes compañías de seguros en ese país. Llega a Colombia en 1992 y se crea Skandia Holding de Colombia S.A., quien hoy lidera el grupo empresarial conformado por las siguientes compañías: Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Skandia Seguros de Vida S.A., Skandia Fiduciaria S.A., Skandia Planeación Financiera S.A. y Skandia Valores S.A. Uno de sus negocios es la administración de los fondos pensionales del RAIS.

El RAIS fue creado en la Ley 100 de 1993, y en el punto I de este capítulo, vimos sus diferencias con el régimen de prima media con prestación definida. Este régimen, fue modificado en la Ley 1328 de 2009, Título VI, artículos 45 a 60, transitorio 2° y 101.

En el RAIS, el conjunto de cuentas de ahorro individual, constituye un patrimonio autónomo llamado “Fondo de Pensiones” que es propiedad de los afiliados, el cual es independiente del patrimonio de la correspondiente AFP. La Ley 1328, creó el esquema de “multifondos” en el que las AFP ofrecen diferentes fondos de pensiones.

La totalidad de los rendimientos financieros que produce el respectivo fondo de pensiones, deben ser abonados en las cuentas individuales de ahorro pensional de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas.

Las AFP deberán garantizar a sus afiliados, una rentabilidad: “mínima determinada por el Gobierno Nacional. Si esta rentabilidad no se alcanza, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos. El artículo 52 de la Ley 1328 de 2009 establece, que la rentabilidad mínima del fondo o fondos de pensiones, se entenderá referida a la rentabilidad de cada uno de los fondos de pensiones, cuya gestión se autoriza a las AFP”.

Las tres principales instituciones integrantes del RAIS son: a) La cuenta individual de ahorro pensional. El artículo 49 de la Ley 1328 de 2009 determina,

que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, corresponderá a la suma de las subcuentas individuales que posea el afiliado en cada uno de los fondos. Los recursos de las cuentas individuales, estarán invertidos en fondos de pensiones, considerando las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados de acuerdo a condiciones y características que señale el Gobierno Nacional (art. 48); b) Los fondos de pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional que constituyen patrimonios autónomos propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la respectiva administradora y c) Las sociedades administradoras de los fondos de pensiones.

Las cuentas individuales de ahorro pensional, están integradas por las cotizaciones obligatorias de empleadores y trabajadores, por las cotizaciones voluntarias de los titulares de ellas, por los rendimientos financieros que genere el fondo y por los bonos pensionales, cuando haya lugar a ellos.

Las AFP deberán ofrecer cuatro (4) tipos de fondos de pensiones obligatorias: 1) Fondo Conservador; 2) Fondo Moderado y 3) Fondo de Mayor Riesgo. Estos tres tipos de fondos, son elegibles para los afiliados al Sistema durante su período de acumulación de capital. Igualmente, deberán ofrecer un Fondo Especial de Retiro Programado para los afiliados pensionados por vejez e invalidez y los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia. Cada tipo de fondo, constituye patrimonios autónomos y deberá contar con un número de identificación tributaria propio, diferente del de la AFP y del de los otros tipos de fondos, separación patrimonial y contabilidad independiente, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. Asimismo, deberán constituir cuentas corrientes o de ahorro, destinadas exclusivamente al manejo de los recursos de cada tipo de fondo, identificadas a nombre del mismo.

#### Distribución de los recursos en los multifondos

Dependiendo de la elección que haga el afiliado, los ahorros de su cuenta pensional serán invertidos en estos porcentajes según el portafolio que elija para ello.

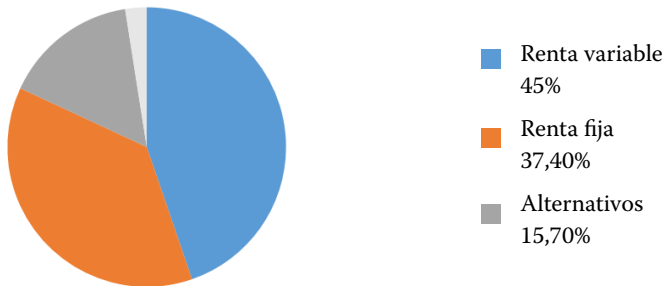
<b>Fondo</b>	<b>Inversión renta variable</b>	<b>Resto de inversiones</b>
Fondo de Mayor Riesgo	70%	30%
Fondo Moderado	45%	55%
Fondo Conservador	20%	80%

Fondo Especial de Retiro Programado. En el cual se administran los recursos de los afiliados Pensionados y beneficiarios de pensiones de sobrevivencia.

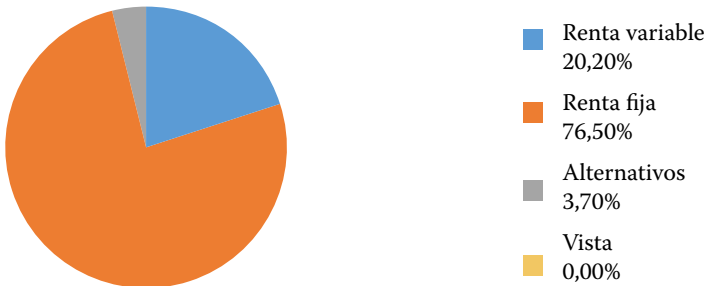
### Fondo Mayor riesgo



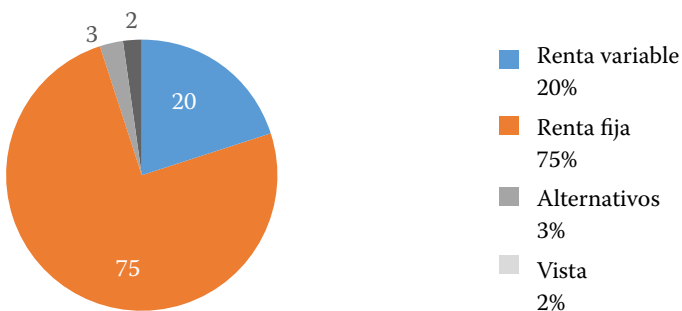
### Fondo Moderado



### Fondo Conservador



### Retiro programado



## Modalidades pensionales del RAIS en Colombia

Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, tienen diferentes modalidades en el RAIS. El artículo 79 de la Ley 100, establece tres modalidades principales:

### **Renta vitalicia inmediata**

“Es la modalidad mediante la cual, el afiliado o beneficiario, contrata directa e irrevocablemente con una aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios, por el tiempo a que ellos tengan derecho”.

La irrevocabilidad consiste, en que perfeccionado el contrato de seguro de renta vitalicia inmediata, el afiliado no podrá optar por otra de las modalidades de pensión que tenemos en estudio.

Las rentas y pensiones relativas a esta modalidad, deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante, y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.

El monto de esta modalidad pensional, es la resultante del cálculo actuarial del capital individual ahorrado por el afiliado y de las condiciones financieras relativas al pago de intereses que la compañía aseguradora obtendrá por ese capital.

### **Retiro programado**

“Modalidad en la cual el afiliado o los beneficiarios, obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional. Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de la cuenta de ahorro, incluido el bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual, corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad”.

El monto de la mesada a pagar por la administradora, puede aumentar o disminuir en términos de poder adquisitivo constante, según las condiciones de las tasas de interés del mercado. Esto significa, que el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, puede disminuir o aumentar por factores externos a la misma que pueden determinar una variación anual en el monto de la pensión a pagar.

Al igual que en la renta vitalicia inmediata, en el retiro programado se expresa el monto en unidades de valor constante, lo cual determina una revalorización automática de las pensiones.

El monto del retiro programado, se va recalculando cada año, tomando en consideración el nuevo saldo que el afiliado tiene en su cuenta y la tabla de mortalidad y expectativas de vida del grupo familiar.

Eduardo Miranda y Eduardo Rodríguez, analistas del sistema pensional chileno, señalan sobre esta modalidad:

El afiliado al elegir esta modalidad de pensión, debe tener claridad que, por su forma de determinación, el monto del beneficio puede seguir un ritmo creciente en los primeros años, para comenzar a descender inevitablemente, en términos reales, a partir de cierto momento vinculado con la edad del pensionado<sup>2</sup>

## **Retiro programado con renta vitalicia diferida**

“Es la modalidad de pensión por la cual un afiliado, contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora”.

Esta modalidad combina elementos de las dos anteriormente mencionadas y uno propio. Veamos:

- **Renta Vitalicia Diferida** porque el afiliado contrata con una compañía de seguros el pago de una renta mensual a partir de una fecha futura determinada en el contrato.
- **Retiro Programado** porque el afiliado conserva en su cuenta individual, los fondos suficientes para obtener de la administradora una renta temporal por el lapso que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta diferida contratada empiece a ser pagada por la compañía de seguros.

---

<sup>2</sup> MIRANDA SALAS, Eduardo, RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo, “Análisis del Sistema de Fondos de Pensiones”. Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 55.

A diferencia de lo que ocurre en la renta vitalicia inmediata, en donde se destina todo el saldo que el trabajador tiene en su cuenta individual hacia la aseguradora respectiva, en la renta vitalicia diferida, solo se destina el saldo de la cuenta que el afiliado destine a esta modalidad. En otras palabras, desde el inicio el afiliado determina la suma que destinará para retiro programado y la que servirá de base para la renta vitalicia. Lo anterior determina, que el manejo de esta modalidad pensional inicialmente está a cargo de la administradora, y posteriormente, a cargo de la aseguradora.

La Superintendencia Financiera de Colombia, órgano de vigilancia y control de las Administradoras del Sistema Pensional Colombiano, mediante circular externa 013 del 24 de abril de 2012, autorizó el funcionamiento de cuatro nuevas modalidades pensionales en el RAIS:

- RENTA TEMPORAL CIERTA CON RENTA VITALICIA DE DIFERIMIENTO CIERTO
- RENTA TEMPORAL VARIABLE CON RENTA VITALICIA DIFERIDA
- RETIRO PROGRAMADO SIN NEGOCIACIÓN DEL BONO PENSIONAL
- RENTA TEMPORAL VARIABLE CON RENTA VITALICIA INMEDIATA

Estas últimas modalidades pensionales, no han tenido aplicación práctica, y solo las tres primeras modalidades enunciadas anteriormente, son las que ofrecen las SAFP a sus pensionados.

## **Pensiones especiales de vejez reconocidas por el sistema general de pensiones**

El sistema general de pensiones colombiano, contempla unas pensiones de vejez con requisitos especiales, ya sea por las actividades laborales desarrolladas por los afiliados o por la situación de salud o familiar de los mismos.

## **Pensiones especiales para los discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales**

El parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 consagra, que las personas que padezcan de discapacidad física, psíquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas, están exceptuados de las edades y número de semanas

señalados en los numerales 1° y 2° del mencionado artículo. Es decir, que un afiliado discapacitado física, psíquica o sensorialmente, puede pensionarse a los 55 años y no a los 62, siempre y cuando haya cotizado 1000 semanas al sistema general de pensiones. Además, estos afiliados no están sujetos al requisito de cotizar 1.300 semanas.

## **Pensiones especiales para las madres o padres con hijos inválidos**

Las madres trabajadoras con hijos que padezcan invalidez física o mental, que continúen como dependientes de la madre, tendrán derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre y cuando hayan cotizado al sistema general de pensiones al menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Esta modalidad de pensión, se suspenderá si el hijo supera el estado de invalidez, termina la dependencia de la madre o padre, o si la progenitora o el progenitor beneficiaria (o), se reincorpora a la fuerza laboral.

En este segundo inciso del párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-227 del 8 de marzo de 2004, declaró inexecutable la expresión “menor de 18 años”, y declaró executable el resto del inciso, en el entendido de que, la dependencia del hijo con respecto a la madre, es de carácter económico.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-989 de 2006, declaró executable la palabra “madre” ubicada al inicio y al final del inciso segundo del párrafo 4° del artículo arriba señalado, al considerar, que el beneficio pensional previsto, se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados que dependen económicamente de él.

Luego, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-758 de 2014, declaró executable condicionadamente la expresión del inciso 2° del párrafo 4° en estudio “siempre que haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez...”, teniendo en cuenta que, el beneficio pensional a la madre o padre cabeza de familia de hijo que padezca invalidez física o mental, debidamente calificada, debe ser garantizado tanto a los padres y a las madres afiliados al régimen de prima media con prestación definida como al régimen de ahorro individual con solidaridad.

## Pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo

Podemos definir, que las actividades de alto riesgo relacionadas con las pensiones, son aquellas que por su propia naturaleza, ocasionan la disminución de la expectativa de vida saludable de los trabajadores, independientemente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo. El beneficio que se le otorga a estos grupos de trabajadores, consiste en acceder a la pensión a edades inferiores a las establecidas para la generalidad de los trabajadores.

La legislación actual sobre estas pensiones, se origina en las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso de la República al presidente de la época en el numeral 2° del artículo 17 de la Ley 797; por lo que el primer mandatario, expidió el Decreto Ley n.° 2090 del 26 de julio de 2003 “por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboren en dichas actividades”.

En dicha norma, se indica que: “las actividades de alto riesgo para el Sistema General de Pensiones, son tomadas como: aquellas que generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independiente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo”.

El beneficio conferido: “consiste en acceder a la pensión a edades inferiores a las establecidas para la generalidad de los trabajadores en atención a la reducción de vida saludable a la que se ven expuestos y a la mayor cotización pagada por los empleadores”.

El artículo 1° del Decreto 2090 dispone, que su campo de aplicación se extiende: “a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, las cuales define como aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo”.

El decreto en estudio, contempla las siguientes actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores:

- 1) Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
- 2) Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas de salud ocupacional.



- 3) Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
- 4) Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
- 5) En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
- 6) En los cuerpos de bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.
- 7) En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Asimismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la Fuerza Pública.

Otras modificaciones introducidas en el Decreto 2090, son las a continuación enlistadas:

- Eleva de 500 a 700 semanas, el requisito mínimo de cotización especial.
- Aumenta el número mínimo de semanas cotizadas de 1.000 a 1.300, en concordancia con el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.
- Incrementa el monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo a cargo de los empleadores de seis (6) a diez (10) puntos.
- Establece en su artículo 6º, un régimen de transición para quienes a la fecha de su entrada en vigencia (26 de julio de 2003), hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial. Una vez cumplan el número mínimo de semanas exigido en el artículo 9º de la Ley 797 para acceder a la pensión, esta les será reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Así las cosas: “los afiliados al régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades reseñadas anteriormente durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por los menos 700 semanas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Haber cumplido 55 años de edad.
- 2) Haber cotizado el número mínimo de semanas exigido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.
- 3) La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, se disminuirá un año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas por el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años”.

Se aprecia en el desarrollo de las normas que han regulado estas pensiones especiales, la coherente y reiterada voluntad del Estado colombiano de recortar y aún eliminar, como en este caso, condiciones más favorables para que los trabajadores entren a disfrutar su pensión de vejez.

Los requisitos para tener derecho a esta pensión especial por parte de los empleados arriba señalados, son los siguientes:

- 1°) Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.
- 2°) Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Pensiones, referido en el artículo 33 de la Ley 100, modificado en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.
- 3°) Efectuar la cotización especial de alto riesgo durante por lo menos 650 semanas continuas o discontinuas.

“La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, se disminuirá un (1) año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas para el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad, pueda ser inferior a cincuenta 50 años”.

Cuatro demandantes, incluido el autor de este capítulo, presentaron demanda de inexequibilidad contra los artículos 3° y 9° del DL 2090 de 2003, 6° del DL 2091 de 2003 y 2° de la Ley 860 de 2003.

La sentencia proferida en el caso en mención, declaró exequible el artículo 9° del DL 2090 de 2003 y el parágrafo 6 del artículo 2° de la Ley 860 de 2003, en el entendido de que: a) El plazo de tres (3) meses para trasladarse del RAIS al régimen de prima media, respecto de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, se cuenta a partir de la comunicación de la sentencia, cual fue el 3 de marzo de 2009 y; b) La persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el RAIS, sea inferior al monto del aporte legal correspondiente,

en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002.

El Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, en los párrafos 2 y 4 del artículo 2.2.4.6.15 señalan, que deben identificarse y relacionarse en el SG-SST, a los trabajadores que se dediquen en forma permanente a las actividades de alto riesgo a las que hace referencia el DL 2090 de 2003. Además, establece el párrafo 2° de la mencionada norma, que cuando en el proceso productivo, se involucren agentes potencialmente cancerígenos, deberán ser considerados como prioritarios, independientemente de su dosis y nivel de exposición.

Así las cosas, el Decreto 1072 de 2015, refuerza la protección priorizada de las actividades que originan las pensiones especiales que estamos estudiando en este acápite, al señalar en su párrafo 4°, que deben identificarse y relacionarse en el SG-SST, a los trabajadores que se dediquen en forma permanente a las actividades de alto riesgo a las que hace referencia el Decreto 2090 de 2003 que hemos abordado en este capítulo.

## **Garantía de pensión mínima de vejez para colombianos que se desmovilicen en procesos de paz**

El conflicto social, político y armado que ha existido en Colombia durante décadas, ha afectado el derecho a la vida, a la seguridad e integridad personal de miles de personas en el país; ha provocado aproximadamente 800 mil víctimas de homicidios, 210 mil víctimas por desaparición forzada y aproximadamente 30 mil víctimas de reclutamiento forzado, entre ellos, niños, niñas y adolescentes (Comisión de la Verdad, 2022). Por ello, varios gobiernos y en especial el actual, encabezado por el Presidente Gustavo Petro Urrego, con su política de “paz total” han buscado acuerdos con los grupos insurgentes, tendientes a consolidar la paz, ya que esta es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento según el artículo 22 de la Constitución Política.

El artículo 147 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor literal:

Art. 147. Los colombianos que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente ley, con garantía de pensión mínima en el

régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas.

Sobre el artículo anteriormente transliterado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, profirió la sentencia SL3692 de 2021, en la cual declaró que la garantía de pensión mínima para desmovilizados, no hace parte de un régimen pensional especial y, por ende, no fue derogada en el Acto Legislativo n.º 1 de 2005.

La Sala de Casación Laboral consideró, que la pensión especial para desmovilizados, hace parte del Sistema General de Pensiones y no de un régimen especial, y que la densidad inferior de semanas cotizadas exigidas, solo corresponde al compromiso del Estado colombiano para lograr una sociedad en paz, así como del propósito por reincorporar en el marco de la legalidad y al tejido social, a aquellos ciudadanos que alzados en armas, deciden renunciar a la confrontación armada y optar por una vida en paz (Corte Suprema de Justicia SL3692 de 2021).

## **Pensión familiar**

La Ley 1580 del 1º de octubre de 2012, define en la legislación colombiana, la pensión familiar, como: “Aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o en el RAIS”.

Esta ley, busca ampliar la cobertura del Sistema General de Pensiones al final de la vida laboral de los cónyuges o compañeros permanentes que individualmente no puedan cumplir los requisitos para pensionarse, pero que sumados las semanas cotizadas de cada uno o los saldos de sus cuentas de ahorro pensional, podrán alcanzar una pensión de vejez común para la pareja.

## **Requisitos para adquirir el derecho a la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida**

El artículo 2º del DR 288 de 2014, señala al respecto lo siguiente:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes deben cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva, es decir,

haber cumplido la edad sin cotizar el número de semanas exigido por la ley para alcanzar el derecho pensional y declaren la imposibilidad de seguir cotizando.

El numeral b) del artículo 2° del DR 288 de 2014, añade un requisito que no contempla la ley reglamentada, al señalar que la indemnización sustitutiva no haya sido pagada, lo que se infiere que en el evento de haberse obtenido ese pago, la pareja pierde el derecho a la pensión familiar, siendo que para ampliar la cobertura pensional, debería decretarse la compensación.

- b) La suma del número de semanas de cotización de ambos cónyuges o compañeros, debe superar el mínimo de semanas exigido para el reconocimiento de la pensión de vejez. Colegimos que cuando uno de los miembros de la pareja, obtiene por sí mismo, los requisitos para alcanzar la pensión de vejez, y el otro no, solo habrá un pensionado, y el otro, tendrá la calidad de beneficiario en el evento de su muerte.
- c) Cada integrante de la pareja beneficiaria, deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo con la ley.
- d) Los cónyuges o compañeros permanentes, deberán sumar, entre los dos, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez requeridas para el reconocimiento de una pensión individual.
- f) Esta modalidad pensional, excluye los beneficios del régimen de transición, es decir, en el evento de que uno de los cónyuges o compañeros permanentes, se encuentre cobijado por el régimen de transición, la pensión familiar no se determinará conforme al artículo 36 de la Ley 100 ni al Acto Legislativo n.º 1 de 2005.
- g) El monto de la pensión familiar, no podrá exceder el valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

En caso de divorcio, separación legal o de hecho, la pensión familiar se extinguirá, y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes, tendrán derecho a percibir mensualmente un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían.

## Requisitos para adquirir el derecho a la pensión familiar en el régimen de ahorro individual con solidaridad

El artículo 2° de la Ley 1580 de 2012, al respecto establece lo siguiente:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes deben cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la devolución de saldos en el RAIS, es decir, haber cumplido la edad requerida por la ley (57 años mujeres y 62 hombres) y no haber constituido el saldo en la cuenta individual de ahorro pensional para generar una mesada equivalente por lo menos a un (1) SMLMV.

El literal b) del artículo 3° del DR 288 de 2014 señala, que la devolución de saldos no ha debido efectuarse, lo que significa que en caso contrario, se pierde el derecho a la pensión familiar.

- b) Cuando el monto acumulado en ambas cuentas individuales de ahorro pensional sea insuficiente para acceder a una pensión de vejez, cada uno de los integrantes de la pareja, podrán optar por la pensión familiar, cuando la suma del capital de ambas cuentas sea suficiente para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez.
- c) En caso de que la suma de los saldos de las dos cuentas individuales de ahorro pensional arroje un capital insuficiente, se sumarán las semanas de cotización de cada miembro de la pareja y si suman al menos 1150 semanas, podrán acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS. Los recursos de este Fondo de Garantía, se verán afectados solo y una vez se agoten los recursos de las cuentas individuales de los cónyuges o compañeros permanentes.
- d) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados a la misma AFP. En caso de que estén en administradoras diferentes, deberán trasladarse los recursos a la AFP donde se encuentre afiliado el (la) cónyuge o compañero (a) permanente titular. Se entiende como cónyuge o compañero permanente titular, al que cuente con el mayor saldo en la cuenta de ahorro individual.
- c) En caso de divorcio, separación legal o de hecho, la pensión familiar se extinguirá, y el saldo que se disponga en la cuenta, hará parte de la sociedad conyugal para efectos de su reparto. En caso de que la pensión familiar se estuviere pagando bajo la modalidad de renta vitalicia, esta se extinguirá y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes, tendrán derecho a recibir mensualmente cada uno el 50% del

monto de la pensión que percibían. En caso de que las mesadas recibidas fuesen inferiores a dos SMLMV, cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibía.

En lo concerniente con los requisitos para alcanzar la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida, el literal l) del artículo 3° de la Ley 1580 de 2012, establece un obstáculo al señalar, que cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez. El 25% de 1300, es 325, y dicha cantidad se le exigiría antes de cumplir los 45 años. Es necesario derogar este artículo, para que los beneficios de la pensión familiar se extienda a más colombianos. Lamentablemente, la Corte Constitucional declaró exequible el literal l) en análisis, mediante la sentencia C-134 de 2016.

Originalmente, respecto de la pensión de sobrevivientes, los artículos 151B, literal g) y 151C, literal g) de la Ley 100 de 1993, adicionados respectivamente en los arts. 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012, solo señalaban como beneficiarios, al cónyuge o compañero (a) permanente y a los hijos con derecho. No existía el orden de los padres dependientes económicamente ni el de los hermanos inválidos.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-658 de 2016, declaró la exequibilidad condicionada de los literales g) (parciales) de los artículos arriba señalados, adicionados en los artículos 2° y 3° de la Ley 1580 de 2012, en el entendido de que los beneficiarios de la sustitución de la pensión familiar comprende, en los términos de subsidiariedad previstos en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, a los padres dependientes y hermanos inválidos y dependientes. Con esta sentencia, la Corte Constitucional eliminó la discriminación, y por ende, el déficit de protección de los padres dependientes y hermanos inválidos dependientes respecto de la pensión familiar. Así las cosas, la sentencia determina que los padres dependientes, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, cuando se presente la inexistencia de un cónyuge o compañero o compañera supérstite e hijos con derecho, mientras que los hermanos en situación de discapacidad y dependientes, tendrán el derecho a sustitución pensional cuando no haya cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite e hijos con derecho y padres dependientes. En otras palabras, el grupo de beneficiarios de la pensión familiar quedó igualado al grupo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

## Disposiciones comunes a ambos regímenes pensionales en las pensiones familiares

Los cónyuges o compañeros permanentes, deben acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o de convivencia permanente. Esta relación conyugal o de convivencia permanente, deberá haberse iniciado antes de cumplir 55 años de edad cada uno. Es decir, después de la mencionada edad, no hay lugar a la pensión familiar.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-504 de 2014, declaró inexecutable la expresión “esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno”, contenida en el literal a) de los artículos 151B y 151C de la Ley 100 de 1993, adicionados en la Ley 1580 de 2012.

La Corte expresó, que exigir a quienes aspiran a la pensión familiar, haber iniciado vida en común antes de que cada uno de los miembros de la pareja haya cumplido un determinado límite de edad, vulnera el derecho a la igualdad de aquellas parejas conformadas con posterioridad a dicha edad. Continuó declarando la Corte, que dicho requisito es desproporcionado al sacrificar principios constitucionales, tales como, el derecho a la seguridad social y buena fe, para promover beneficios tangenciales en términos de sostenibilidad y desestímulo del fraude.

En nuestro concepto, la sentencia es acertada, ya que el derecho de constituir pareja, no puede estar atado a una edad determinada. Solo se necesita estar vivo y ejercitar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

“La pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión de la que gozare uno o ambos cónyuges o compañeros permanentes, provenientes del sistema pensional, de los sistemas excluidos o las reconocidas por empleadores, incluyendo las pensiones convencionales. También se excluye, el acceso a los beneficios económicos periódicos y a cualquier otra clase de ayudas y/o subsidios otorgados por el Estado que tengan como propósito ofrecer beneficios en dinero para la subsistencia de los adultos mayores que se encuentran en condiciones de pobreza. Tal es el caso del programa “Colombia Mayor”.



## **Pensiones de invalidez de origen común**

Los requisitos para acceder a estas pensiones, son los mismos que se exigen tanto en el RPMPD como en el RAIS. Después de la sentencia C-428 del 2009, expedida por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable una exigencia legal regresiva, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común, son los siguientes:

- a) Que el afiliado al sistema, sea declarado inválido por haber perdido el 50% o más de su capacidad laboral.
- b) Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez

## **Pensión de sobrevivientes por muerte de origen común**

Después de la que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-556 de 2009, que declaró inexecutable una exigencia legal regresiva, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de origen común, son los siguientes:

Que fallezca un pensionado por vejez o invalidez o un afiliado al sistema.

En el caso de muerte del afiliado, se exige que este haya cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

## **Beneficiarios de la pensión de invalidez**

El grupo de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes en Colombia, se encuentra en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Este artículo es muy importante porque contiene el grupo de beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes respecto del régimen pensional por riesgos de origen común y de origen laboral. Con las sentencias de constitucionalidad que veremos a continuación, el grupo de beneficiarios se amplió, y es bastante robusto en comparación con varias legislaciones del mundo.

El grupo de beneficiarios se compone de tres órdenes excluyentes entre sí:

- a) El primer orden, está conformado por la o el conyugue, la o el compañero permanente, los hijos de 0 a 18 años respecto de los cuales se

presume dependencia económica y de 18 a 25 cuando además de depender económicamente del difunto pensionado o afiliado, esté estudiando en una institución de educación superior.

- b) Ante la inexistencia de integrantes del anterior grupo se encuentra el orden de los padres del causante que dependían económicamente de él.
- c) A falta de los dos primeros órdenes, el tercero está conformado por los hermanos inválidos que dependían económicamente del difunto afiliado o pensionado

Sobre el artículo 13 de Ley 797 de 2003, han recaído importantes sentencias de la Corte Constitucional, que han ampliado la cobertura de los beneficiarios, así:

- a) Sentencia C- 336 del 2008. En esta providencia, se declaró la exequibilidad de las expresiones “el cónyuge o la compañera o compañero permanente” y todas “la compañera o compañero permanente”, contenidas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, las parejas permanentes del mismo sexo. Para la Corte Constitucional, la ausencia de protección de las parejas del mismo sexo respecto de los beneficios que otorgan las normas que regulan la pensión de sobrevivientes para las parejas heterosexuales, debe extenderse a las parejas del mismo sexo con vocación de permanencia. Lo contrario, sería lesivo de la dignidad humana, opuesto al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.
- b) Sentencia C-1035 de 2008. En dicha sentencia, se declaró exequible la expresión “en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo” contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, comoquiera que, además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente, y que dicha pensión se dividirá entre ellos/as, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. La Corte Constitucional, aplicó en esta sentencia, el criterio material de convivencia efectiva al momento de la muerte, para definir al beneficiario o beneficiarios.

- c) Sentencia C-1094 de 2003. Se declaró inexecutable la expresión: “y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el gobierno” respecto a los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, si dependían económicamente del causante al momento de su muerte. El tribunal constitucional consideró, que de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República, la determinación de las condiciones y requisitos para ser beneficiario del sistema general de pensiones.
- d) Sentencia C- 111 de 2006, en la cual se declaró inconstitucional la expresión “de forma total y absoluta”, respecto de los padres del causante si dependían económicamente de él.
- e) Sentencia C-066 de 2016, mediante la cual, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión contenida en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuyo tenor literal era el siguiente: “esto es, que no tienen ingresos adicionales”. La razón de esta inexecutable obedece a que la Corte encontró, que la expresión entre comillas se convertía, respecto de los hijos inválidos, en una exigencia irrazonable, porque constituía una barrera para el acceso de personas vulnerables e instrumentos que garantizan su derecho fundamental a la seguridad social al mínimo vital. En consecuencia, basta acreditar la situación de discapacidad de los hijos, el parentesco y la dependencia económica respecto del causante, para tener derecho de la pensión de sobrevivientes.
- f) Sentencia C-034 de 2020, mediante la cual, la Corte Constitucional declaró executable el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido de que también incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a los hermanos menores de edad que dependían económicamente del afiliado o pensionado fallecido, a falta de madre y padre. En esta sentencia, la Corte declaró que se presentó una infracción de los artículos 13 y 44 de la Constitución Política, así como del artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, porque el Congreso incurrió en una omisión legislativa relativa al excluir a los hermanos menores de edad del causante que no se encuentran en condición de discapacidad y que dependían económicamente del mismo a falta de madre y padre.

## Beneficiarios y Requisitos de Pensión

Edad	Beneficiarios	Modalidad	Requisitos
Mayor de 30 años	Cónyuge o Compañero (a) permanente	Pensión vitalicia	Cinco años de convivencia anterior muera el pensiona.
Menor de 30 años	Cónyuge o Compañero (a) permanente C-336/2008 C-1035/2008	Pensión temporal por 20 años	Cinco años de convivencia, será temporal si no hay hijos procreados.  Obligación de cotizar al sistema para obtener su propia pensión.
0 – 18 años	Hijos	Pensión temporal hasta la mayoría de edad	Se presume dependencia económica.
18 – 25 años	Hijos estudiantes C-1094/2003	Pensión temporal hasta la terminación de los estudios o hasta los 25 años.	Ser estudiante y dependencia económica.
Sin edad	Padres C-111/2006	Vitalicia	Dependencia Económica.
Sin edad	C-066/2016 Hermanos inválidos que dependen económicamente C-034/2020	Vitalicia o temporal hasta que cese la dependencia o disminuya la discapacidad	Pérdida del 50% más de la capacidad laboral y dependencia económica.

## El reajuste de las pensiones

La Ley 100 de 1993 establece en su artículo 14 que: “las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, se reajustarán anualmente de oficio el 1° de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor (IPC), certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”.

Se dispuso igualmente en dicho artículo que: “No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno”.

La parte final del artículo 14 arriba transcrita, fue demandada por un ciudadano en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, buscando su declaración de inexequibilidad. Alegó en la demanda el actor, que al prescribir dicho aparte, que las pensiones cuyo monto sea equivalente al salario mínimo legal, se reajusten en el mismo porcentaje en que el Gobierno incrementa dicho salario, viola el artículo 13 de la Carta, pues coloca a quienes las devengan, en situación de inferioridad respecto de aquellas que reciben pensiones superiores al mínimo legal, ya que a éstos, su mesada se les aumentará conforme al IPC, el cual, según el demandante, es mayor. Además, el accionante consideró violados los artículos 46, 48, 53 inciso 4° y 58 de la Constitución.

Como consecuencia de dicha acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-387 del 1° de septiembre de 1994, en uno de cuyos apartes dijo:

En este orden de ideas, considera la Corte que el aparte demandado del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por sí solo no vulnera la Constitución, pero su aplicación, sí puede resultar lesiva del Ordenamiento Supremo, concretamente de los artículos 13, 46 y 53, en el evento en que el salario mínimo, se incremente en cuantía inferior al índice de precios al consumidor, pues se crearía una discriminación injustificada entre los pensionados que devenguen más del salario mínimo, frente a los que perciben únicamente el valor correspondiente a éste.

Así las cosas, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 14 de la Ley 100 condicionadamente, en el sentido de que: “Si la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo legal mensual, las personas cuya pensión sea igual a este salario mínimo vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice”.

El artículo 14 de la Ley 100, fue adicionado en el 45 de la Ley 1328 de 2009, el cual señala, que: “el gobierno nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras, cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida, en caso de que dicho aumento, sea superior a la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el respectivo año”.

## **Análisis de las edades y requisitos pensionales en algunos países de América Latina**

### **Chile**

Mediante el Decreto Ley 3500 de 1980, expedido por la Junta Militar de Gobierno durante la dictadura del general Augusto Pinochet, denominado “Régimen de Previsión Social derivado de la Capitalización Individual” se crearon las administradoras de fondos de pensiones (AFP). La edad pensional para las mujeres es 60 años y para los hombres 65 (art. 3°).

Las pensiones básicas solidarias (PBS) establecidas en la Ley 20.255 de 2008, la cual creó un sistema de pensiones solidarias complementario del sistema pensional a que se refiere el DL 3500 de 1980, se reconocen a personas que al momento de la solicitud de reconocimiento pensional, tengan por lo menos 65 años, y carezcan del derecho a percibir una pensión en ningún régimen previsional, ya sea en calidad de titular o beneficiario de pensión de invalidez o de sobrevivencia.

Están exceptuados los integrantes de las fuerzas armadas y de la policía que se jubilan por años de servicio.

### **Argentina**

La Ley 18037 de 1968, creó el régimen de jubilaciones y pensiones para los trabajadores en relación de dependencia y, la Ley 18.038 de 1969, estableció el régimen de jubilaciones y pensiones para los trabajadores autónomos.

La Ley 24241 de 1994, creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Desde esta ley, las edades pensionales en Argentina son así: mujeres 60 y hombres 65 años. El aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia, se fijó en el 11%, y la contribución a cargo de los empleadores, es del 16%. El aporte personal de los trabajadores autónomos, se estableció en el 27%

La Ley 26.425 de 2008, dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto. En consecuencia, la ley eliminó el régimen de capitalización, el cual fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

Para los efectos de la Ley, se ordenó la transferencia en especie a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), de los recursos que integraban

las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización. Dichos activos, pasaron a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto.

En términos de dinero, la transferencia al Estado de los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados, ascendió a la suma de 23.000 millones de dólares que estaban en manos de 10 administradoras privadas.

Otros puntos de la reforma fueron los siguientes:

- El Estado Nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización individual eliminado “la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan”.
- Queda prohibida la inversión de los fondos en el exterior.
- Crea el Consejo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del SIPA, cuyo objeto será el monitoreo de los recursos del Sistema. Este consejo estará integrado por representantes del gobierno, de los jubilados, de los sindicatos, de organizaciones empresariales, de entidades bancarias y del parlamento.
- Las compensaciones que recibirán las administradoras privadas por la estitización de sus fondos “no podrán superar el valor máximo equivalente al capital social de las administradoras liquidadas”. El Estado, de corresponder, entregará a los accionistas de dichas entidades, títulos públicos a emitirse por el país.

Nos parece muy acertada la decisión que tomó el Estado argentino a través de la iniciativa legislativa de la presidenta Cristina Elisabet Fernández de Kirchner y del parlamento de dicha Nación. Se eliminó el régimen de capitalización, que era el equivalente argentino al RAIS colombiano, unificándose el sistema de jubilaciones y pensiones en el SIPA, el cual será administrado por un sistema solidario de reparto, similar al colombiano de prima media con prestación definida. Ese sistema, será en Argentina un régimen público que tendrá un rol inclusivo y redistributivo.

En el mensaje de elevación (sustentación de motivos) del proyecto de Ley, se señaló que el sistema de capitalización individual sufrió en Argentina un progresivo deterioro, originado, entre otras causas, en el constante proceso de desindustrialización comenzado a fines de la década de 1970, la creciente informalidad laboral y la consecuente caída de los recursos del Sistema. Se afirma en dicho mensaje, que “no puede existir un sistema previsional que funcione sin relaciones laborales formales”. El documento señala, que en gobiernos

anteriores (entiéndase el de Carlos Menem), se implementó la idea del ahorro individual administrado por empresas privadas, reemplazando al Seguro Social de base solidaria como pilar fundamental del sistema, considerando que solo quien podría ahorrar, podría jubilarse. Sin embargo, los resultados contradijeron los propósitos de la ley anterior. Así, en 1993, antes de la implementación del régimen de capitalización, la tasa de desempleo fue del 8.8%, un año después, la misma se había incrementado en 10 puntos porcentuales, llegando hasta el 18%. La crisis del año 2001, marcó un pico de desempleo del 25%, y hoy, luego de 5 años de políticas públicas activas, ha vuelto a colocarse por debajo del 8%.

La Ley 24241 de 1993 establece las siguientes prestaciones:

- a) Prestación básica universal
- b) Prestación compensatoria
- c) Retiro por invalidez
- d) Pensión por fallecimiento
- f) Prestación adicional por permanencia
- g) Prestación por edad avanzada

La Ley 24.463 de 1995, reformó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y dictó otras disposiciones.

## Cuba

La Ley 1100 de 1963, incorporó el primer sistema de seguridad social en la República de Cuba. Posteriormente, se expidió la Ley 24 de 1979, y finalmente, la Ley 105 de 2008, actual ley de la seguridad social, mediante la cual se establece, la garantía del Estado a la protección adecuada de los trabajadores, de sus familias y a la población en general mediante el Sistema de Seguridad Social, que comprende un régimen general de seguridad social, un régimen de asistencia social y regímenes especiales.

El régimen general, ofrece la protección a los trabajadores en los casos de enfermedad y accidente de origen común o profesional, maternidad, invalidez y vejez y, en caso de muerte del trabajador, a su familia.

El artículo 11 de la Ley 105 de 2008, establece dentro de las prestaciones monetarias, la pensión por edad. El artículo 20, divide la pensión por edad en ordinaria y extraordinaria, y el artículo 21, determina dos categorías de pensión por edad:

Categoría I: se aplica a quienes en su vida laboral, hayan realizado trabajos en condiciones normales.



Categoría II: dirigida a quienes hayan realizado trabajos en condiciones en que el gasto de energías físicas, mentales o ambas, es de tal naturaleza, que origina una reducción de la capacidad laboral en el tiempo, al producirse un desgaste en el organismo no acorde con el que corresponde a la edad del trabajador.

Para ambas categorías, se exige un mínimo treinta (30) años de vida laboral. Para la categoría I, la Ley 105 (arts. 22, 23) establece la edad pensional en 60 años para mujeres y 65 años para los hombres, y para la categoría II, la edad mínima de pensión es de 55 años para las mujeres y 60 para los hombres, debiendo haber laborado en los trabajos comprendidos en esta categoría, no menos de 15 años anteriores a su solicitud, o el 75% del tiempo de servicio requerido, para tener derecho a la pensión.

Para el reconocimiento de la pensión extraordinaria, se exige 60 años a las mujeres y 65 años a los hombres, con no menos de 20 años de servicio.

El Decreto Ley 36 de 2021, modificó la Ley 105 de 2008, y estableció una excepción al límite máximo para el cálculo de las pensiones por edad. Esta ley, establece la cuantía de la pensión en un 60% del salario mensual, y se toma como base para el cálculo, el salario promedio devengado en los cinco años de mayores ingresos.

## Reino de España

Los cuerpos normativos que regulan en el Reino de España las pensiones, son la Ley 21 de 2021 y los Decretos Reales 65 y 1058 de 2022. La edad pensional en el Reino de España, es igual para hombres y mujeres. En 2023, un afiliado al Sistema, puede pensionarse cuando tenga 65 años, siempre y cuando acredite más de 37 años y 9 meses de cotizaciones. En caso de acumular menos años de cotización, no se puede jubilar hasta haber cumplido 66 años y 4 meses.

En 2027, la edad de jubilación será de 67 años, cuando se haya cotizado un mínimo de 38 años y 6 meses. Para recibir la pensión de jubilación a los 65 años, el afiliado tendrá que acumular más de 38 años y 6 meses de cotizaciones.

Las dos fórmulas para calcular la base reguladora con la que se determinará el monto de la pensión de jubilación a partir del año 2027 son:

1. El método que se aplica desde 2022: los últimos 25 años de cotización (300 meses). Debe utilizarse un período de cómputo de 29 años, eliminando los dos años con cotizaciones más bajas.

2. El régimen DUAL, tendrá una vigencia de 20 años. A partir de 2044, la pensión solo se calculará con los últimos 29 años de cotización, de los que podrán descartarse 2 años.

## México

Las leyes de seguridad social más importantes en México son la ley de Seguro Social, cuya institución es el IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social), que incluye 21 millones de trabajadores y sus familias, y la otra norma, es la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, cuya institución de servicios es el ISSSTE (Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales de Trabajadores del Estado), con 7 millones de trabajadores y sus familias.

Dichas leyes, incluyen los servicios médicos, hospitalarios, incapacidades, pensiones y prestaciones.

Con respecto a la ley del seguro social, dentro del capítulo que desarrolla lo referente a la vejez, establece que existen cuatro prestaciones: pensión, asistencia médica, asignaciones familiares y ayuda asistencial.

Asimismo, dispone que para acceder a las prestaciones del seguro de vejez, es necesario tener 65 años de edad y tener un mínimo de mil cotizaciones semanales.

En caso de que el afiliado haya cumplido la edad, pero no tenga las semanas que exige la ley para pensionarse, podrá retirar el saldo acumulado en su cuenta individual, o seguir cotizando hasta que logre alcanzar las semanas. Para el reconocimiento de la pensión de vejez, es necesario que el asegurado lo solicite y la contingencia empieza a cubrirse desde la fecha en que deja de laborar.

Cabe anotar, que en esta legislación, existe la figura de la pensión garantizada, la cual es otorgada por el Estado para aquellos que tienen 70 años o más de edad y hayan cotizado mil o más semanas. Esta pensión, se calcula teniendo en cuenta el promedio de su salario base de cotización durante su afiliación al IMSS (Ley de Seguro Social, 1995).

El 25 de abril de 2023, la ley del seguro social, sufrió varias modificaciones en cuanto a la reducción de las semanas de cotización, las cuales antes eran 1.250, y con la reforma, se reducen a 750 mínimo. En el 2021, se irán incrementando hasta llegar a 1.000 semanas. También se hicieron modificaciones en el monto de las aportaciones obligatorias del salario base de cotización a las pensiones

garantizadas y reducciones a las comisiones de la AFORE. No obstante, a estos cambios se continuó estableciendo que, la edad para acceder a la pensión en los Estados Unidos Mexicanos es de 65 años para hombres y mujeres. (Hasta 1963, la edad pensional de las mujeres era 60 años).

En este orden de ideas, el 31 de marzo de 2007, se expidió la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Esta ley, se aplica a los trabajadores de la Presidencia de la República, de ambas Cámaras del Congreso, del Poder Judicial de la Federación y del Gobierno del Distrito Federal.

El monto mensual mínimo de las pensiones para el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, será la cantidad de \$3.034,20, que se actualizará anualmente en el mes de febrero, de acuerdo al incremento del índice nacional de precios al consumidor.

Se creó el Fondo Nacional de Pensiones de los Trabajadores al Servicio del Estado (PENSIONISTE), con la naturaleza jurídica de órgano público descentrado.

Todo trabajador, deberá contar con una cuenta individual operada por el PENSIONISTE o por una administradora que elija libremente. La cuenta individual se integrará por las subcuentas de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

El seguro de vejez, otorga el derecho a los trabajadores a que se les reconozca una pensión y el seguro de salud. Para los trabajadores estatales, la edad es la misma que para los privados (65 años hombres y mujeres) y tengan un mínimo de 25 años de cotización.

Los trabajadores que reúnan los requisitos establecidos para obtener la pensión de vejez, podrán optar por alguna de las alternativas siguientes:

- A) Contratar con una aseguradora de su elección, un seguro de pensión que le otorgue una renta vitalicia que se actualizará anualmente en el mes de febrero, conforme al Índice de Precios al Consumidor (INPC).
- B) Mantener el saldo de su cuenta individual en el PENSIONISTE o en una administradora y efectuar con cargo a dicho saldo retiros programados.

Se concluye, que la edad para hombres y mujeres en México, es de 65 años; que el régimen pensional, es una modalidad de ahorro individual con solidaridad y; que el tiempo de cotización para los trabajadores del sector privado, es de 1.000 semanas, y para el sector público, de 25 años.

## Edades pensionales en los países estudiados

Países Iberoamericanos	Edades pensionales	Coexistencias de regímenes	Tipo/s de regímenes
Colombia	Mujeres 57 y hombres 62 años	Coexistencias entre RPMPD y RAIS	El RAIS (privado) y RPMPD(público)
Argentina	Mujeres 60 y hombres 65 años		Fondo público
Chile	Mujeres 60 y hombres 65 años		Fondo privado
Cuba	Mujeres 60 y hombres 65 años		Fondo público
Estados Unidos mexicanos	Mujeres 65 y hombres 65 años		Fondo privado
España	Mujeres 65 y hombres 65 años		Fondo público

## Conclusiones

Este capítulo, se ha escrito cuando el proyecto de ley de reforma pensional presentada por el gobierno del presidente Gustavo Petro y su ministra de trabajo Gloria Inés Ramírez fue aprobado en primer debate por el Senado del Congreso Colombiano y se ha presentado ponencia favorable para el segundo debate en la plenaria de este órgano legislativo. Por este motivo, hemos escogido para analizar en este capítulo, instituciones tales como las pensiones especiales de vejez, la pensión familiar, las pensiones de invalidez y sobrevivencia, el auxilio funerario, el grupo de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y otras que, en el evento de aprobarse la reforma pensional, continuarán con una regulación similar a la actual. Lo que sí cambiará sustancialmente, si el proyecto de reforma se convierte en ley, es que finalizará la coexistencia, y por ende, la competencia entre RPMPD y el RAIS, ya que se implementará un sistema de pilares que los hará complementarios.

# Alternativas de financiamiento del sistema jubilatorio nacional argentino, en el contexto actual sistema contributivo

*Juan Carlos Juárez<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> *Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España) y la OISS*



## Resumen

“La Seguridad Social, tiene como fin protectorio garantizar y cubrir las contingencias de todos los individuos de la sociedad, proveyendo a la dignidad humana, en base a la igualdad, la solidaridad, universalidad e intergeneracionalidad” (Donnari C., 2019).

Asimismo, se encuentra garantizada constitucionalmente en el artículo 14 bis y los tratados internacionales firmados por nuestro país que, a partir de 1994, una vez aprobada la reforma Constitucional, son parte de Nuestra Carta Magna, en el artículo 75 inciso 22 y la normativa específica dictada al respecto (Congreso de La Nación, 1994).

Las provincias y los municipios, también tienen sistemas jubilatorios para sus empleados de la administración general, del poder legislativo, de la justicia, del servicio penitenciario y policías provinciales; cada una, tiene sus propios regímenes, condiciones de edad y años de aportes, cotización para acceder a una prestación, en las cuales la administración nacional de la seguridad social no tiene injerencia en cuanto a las formas de la liquidación o los pagos de éstas.

Se analiza a lo largo del trabajo de investigación, la realidad de las personas que mediante su trabajo, realizan aportes en un sistema de reparto público, y de quienes cumpliendo tareas regularmente, no están registrados como empleados formales; el impacto de esta informalidad o irregularidad laboral, lleva en el presente y el futuro, la falta de aportes y contribuciones para financiar el sistema.

**Palabras clave:** Seguridad Social, Sistema Previsional, Relación Laboral, aportes, contribuciones, financiamiento, Adulto Mayor, Pensiones no Contributivas.

## Introducción

“El Derecho a la Seguridad Social tiene su razón de ser en la exigencia de garantizar a todo individuo la satisfacción de sus necesidades básicas, asegurándole así unas condiciones materiales mínimas de vida que posibiliten el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio pleno de sus derechos” (Donnari C., 2019).

La reforma previsional que entró en vigor en 1994, mediante la Ley 24241 (Congreso de la Nación Argentina, 1993), instrumentó modificaciones estructurales en el sistema previsional argentino, generando cambios en la edad para jubilarse, tanto para las mujeres como para los hombres, llevando la misma a 60 y 65 años respectivamente, en forma escalonada, incrementando uno cada 2 años, por lo tanto, debemos considerar a la misma como una *Reforma-Refundación*.

La transformación más profunda, fue la creación del sistema de capitalización individual mediante la creación de las AFJP (Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones), así como también, el alcance de la protección social, el financiamiento y el aporte fiscal. Funcionaron en forma simultánea, el sistema de reparto Público y el de capitalización, con características muy particulares, porque permitía pasarse del sistema público al privado, pero no al revés; para quienes comenzaban a realizar sus aportes por primera vez, debían optar por alguno de los regímenes, de no hacerlo, pasaban en forma automática al sistema privado, evidenciándose una clara intención de eliminar el sistema de reparto en forma paulatina.

Pero con la crisis económica vivida en el año 2001 en nuestro país, mostró que esta reforma o modelo implementado hace 7 años, presentó deficiencias, entre las que podemos mencionar, los altos costos de administración que llegaron hasta un 25% de los ingresos para su funcionamiento e inversiones que no fueron positivas y se generaron nuevos desafíos para darle mayor fortaleza al sistema de la protección social y todo lo que engloba el mismo (Donnari C., 2019).

Resulta relevante analizar, el avance y la evolución normativa en Argentina, sobre la seguridad social y el sistema previsional, con las modificaciones que ha recibido por los constantes cambios en las decisiones de los distintos gobiernos, y los problemas de litigiosidad que generó y subsisten en la actualidad.

“Las pensiones no contributivas en el país tienen un fundamento asistencial y benefician a quienes no cumplen con los requisitos para acceder a otro tipo de beneficio previsional” (Donnari C., 2019), con lo cual se cumple el principio protectorio, las pensiones asistenciales no requieren exigencias de aportes o edad, las cuales en determinados casos, parecen ser más pertinentes que en otros, de lo contrario, no pueden acceder al beneficio (Donnari C., 2019).

El trabajo de investigación se centra en la financiación que, debido a las modificaciones surgidas en el ámbito previsional, es necesario pensar como sostener



un sistema, con una mayor esperanza de vida, más del 45% del trabajo en la informalidad, bajo nivel de tasa de sustitución para los beneficiarios y leyes de moratorias, para quienes no han logrado completar los años de aportes al sistema de reparto.

También existen los beneficios no contributivos que ofrecen protección a las personas con discapacidad o vejez tanto en el sistema Nacional y Provincial. Mediante la Ley 27.260 (Congreso de la Nación Argentina, 2016), se creó la Pensión Universal Adulto Mayor (PUAM), que se otorga a las Mujeres y Hombres mayores de 65 años que no han realizado los aportes suficientes para acceder a una prestación de jubilación ordinaria.

El Sistema Previsional Argentino, está en una situación de muchas dificultades, debido a que, para sostenerse, cada vez requiere mayores aportes fiscales, y las perspectivas que se van observando, apuntan a la necesidad de modificaciones que lo hagan viable, ya que cada vez, se ve más enmendada la ley central que rige nuestro sistema en cuestión.

A la Ley 24.241, promulgada el 18 de octubre de 1993, en vigencia a partir del 15 de julio de 1994, se le realizaron a la fecha, varias modificaciones. Entre las relevantes, se puede mencionar que establece mayores exigencias que las anteriores leyes vigentes (18.037 y 18.038), incremento de la edad para las jubilaciones ordinarias, creación del régimen de capitalización, que reemplazara al de reparto (Estatal), la unificación de las modalidades de trabajo en la misma ley (Relación de dependencia, autónomos y mixtos).

Se fundamentó su sanción, en la necesidad de resolver los inconvenientes a los problemas que existían en ese momento, y se presentaba al nuevo sistema previsional como muy beneficioso, por lo que se alentó mediante diferentes formas, el ingreso al régimen de capitalización.

Se presentaron varias dificultades, porque no se dieron los efectos que se esperaban, sumado a ello, las sucesivas crisis que se vivieron en nuestro País, que pondrían en jaque al nuevo sistema previsional, ya que los fondos que recaudaba el gobierno de los trabajadores activos, en lugar de realizar inversiones para generar una mejor renta, se utilizaron para financiar la crisis del momento, lo que generó una descapitalización del sistema, mediante la compra de títulos de la deuda pública.

El fracaso contundente del régimen de capitalización, dejó a sus beneficiarios con una renta vitalicia en inferiores condiciones con respecto a los del régimen de reparto.

La Ley 24.241, no tuvo en cuenta la movilidad progresiva de los haberes jubilatorios para sostener la tasa de sustitución de éstos, generándose un alto nivel de litigiosidad por reajuste de haberes, como consecuencia de la depreciación del ingreso con relación a la inflación y el aumento de los salarios, en plena discusión parlamentaria al momento de la confección de este trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado jurisprudencia con distintos fallos al respecto, y ha instado al Congreso de la Nación a legislar en la materia. Es evidente, que en la medida en que no se aborde el problema del financiamiento, como una política de Estado, se seguirá agravando la situación del sostenimiento y la calidad de las prestaciones que reciben los beneficiarios.

Los interrogantes por responder, son en principio, ¿solo los trabajadores y la patronal deben financiar el sistema?, ¿Debe el Estado realizar más financiamiento vía impuestos?, ¿Se deben incrementar el porcentaje y los años de servicios de los aportes de los trabajadores?, ¿El avance tecnológico y la IA, si es que destruye puestos de trabajo, deberá tributar un impuesto para el sistema de jubilaciones como compensación?

## **Población de argentina de acuerdo con el último censo y situación de empleo registrado**

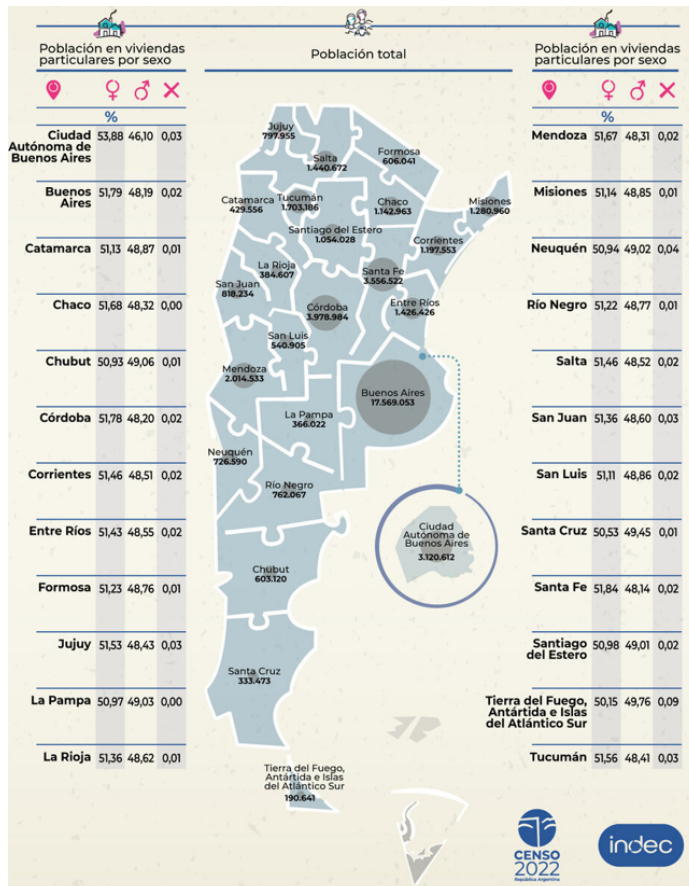
La República Argentina, tiene 46.044.706 habitantes, según los principales resultados provisionales del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022, compuesto por 51,76 % de mujeres, 48,22 % de hombres y 0,02 % de x / ninguna de las anteriores (*INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina, s.f.*).

Como se observa en la figura III.1.1., queda claro, que la distribución poblacional de Argentina, está mayoritariamente en la provincia de Buenos Aires y la Capital Federal, y dentro de ese territorio, en el área metropolitana, luego le siguen las provincias de Córdoba, Santa Fe, Mendoza, Tucumán, etc.

Las distancias, las diferentes características geográficas, climas y actividades productivas, configuran una diversidad de necesidades para atención en materia de seguridad social, sanitaria e incluso regímenes especiales tanto laboral, como previsional, si bien, hay un régimen general en derecho del trabajo, también existen leyes especiales para la minería, trabajo rural, tarea pesquera, explotación de petróleo, rural, vitivinicultura, zafra, distintos tipos de servicios, reconocimiento por zonas desfavorable, especialmente en la zona patagónica, todos estos componentes, están considerados al momento de los retiros de la

actividad plena laboral, lo que hace más complejo la aplicación de las normas, porque hay movimiento interno de trabajadores a distintas áreas del país, por lo que los reconocimientos de los servicios prestados por zonas geográficas, no son consideradas en todos los ejidos de la misma forma, aunque se trate de la misma actividad. Esto también ha sido causa de reclamos por vía administrativa, que ante la negativa, luego recurren a la justicia con competencia en materia de la seguridad social y ha generado litigiosidad, con juicios que llevan años de sustanciación, toda vez que la Administración Nacional de la Seguridad Social, llega hasta la instancia final con apelaciones por los fallos en cada uno de los tribunales donde se fue ventilando la causa judicial en cuestión, teniendo que definir en última instancia la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**Figura III.1.1.** Distribución poblacional por provincia en la República Argentina



Fuente: (INDEC, 2022)

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en enero 2023, la cantidad de personas con trabajo registrado en el total del país, alcanzó a 13.047.000 (Ministerio de Trabajo de la Nación Argentina, s.f.).

El informe del diario Perfil señala que, “en Argentina el 45% de los trabajadores son informales, lo que significa que más de ocho millones de personas están ocupadas, pero en condiciones de vulnerabilidad, como explicó al medio gráfico Bárbara Perrot, especialista de empleo y desarrollo productivo de la OIT. En ese sentido, cabe destacar que sólo el 20% de las trabajadoras de casas particulares, que son más de 1.2 millones, posee un empleo formal” (Diario Perfil, 2023).

Con estos datos introductorios, observamos con claridad las dificultades de base que presenta el abordaje del sistema previsional argentino para su sostenimiento. El otorgamiento de prestaciones de calidad, a los jubilados y pensionados presentes y futuros, presenta severos inconvenientes, toda vez que en la matriz de su financiamiento, existe un problema vinculado al alto nivel de empleados y empleadores que no realizan aportes y contribuciones al sistema.

Como consecuencia de los millones de trabajadores que se encuentran sin ningún tipo de cobertura de seguridad social, puesto que no tienen obra social para atención de la salud, ni personal, ni para su familia, que no gozan de vacaciones pagas, sueldo anual complementario, que, además, por lo general, perciben haberes por debajo de lo establecido por los convenios colectivos de trabajo, en función del sector productivo o de servicio que se trate, tampoco cuentan con protección frente a los accidentes de trabajo que brindan las administradoras de Riesgos del Trabajo, enfermedad profesional, etc. El nivel de vulnerabilidad y el trabajo precario al que están sometidos, muestran que, aun trabajando por los ingresos que perciben, se encuentran por debajo de la línea de pobreza, quedando expuestos a la explotación laboral en pleno siglo 21.

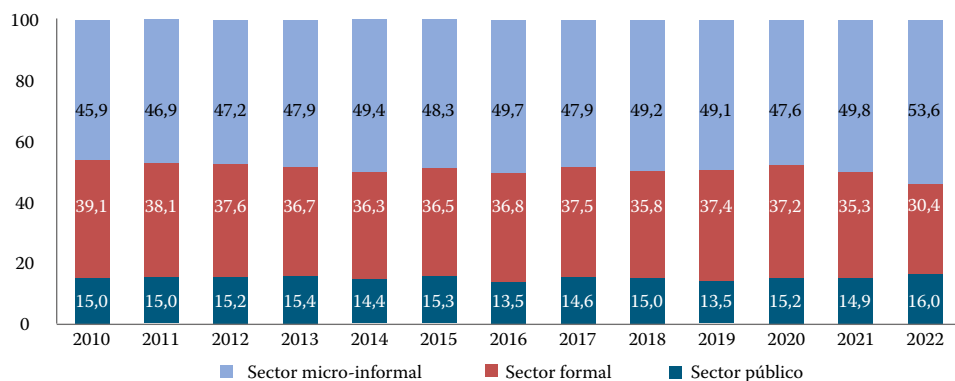
## El Estado no cumple adecuadamente su función de control

Es indudable, que hay una falla estructural por parte del Estado, porque no cumple una de sus funciones primordiales mediante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que es controlar las condiciones legales en que deben encuadrarse los trabajadores bajo la responsabilidad de sus patronales, al mismo tiempo, la Administración Federal de Ingresos Públicos, no controla el cumplimiento de los aportes y contribuciones por la que son responsables por ley los empleadores.

Resulta oportuno mencionar, que los sindicatos dentro de sus funciones, también deben velar porque los obreros del sector al cual representan, estén dentro del marco legal que las normas pertinentes exigen. La falta de auditorías e inspecciones sobre las condiciones regulares de los trabajadores, es decir, que se encuentren inscritos en la nómina oficial que el empleador que debe presentar ante las autoridades correspondientes a los fines de certificar la cantidad de empleados que tiene de acuerdo a la actividad que desarrolla, no solo es una evasión al sistema fiscal previsional, sino que además, también tener trabajadores en forma irregular implica, que todo lo que producen estos empleados, obviamente no se declararan las utilidades o la renta que pueda dejar ese producido; tampoco tributan en materia de las ganancias que obtienen, no lo hacen en impuestos al valor agregado y otros tributos, como impuestos provinciales o tasas municipales y que están íntimamente ligados al nivel de producción que pueda tener una empresa independientemente de la actividad que realiza, generándose economía en negro o sumergida.

En la Figura III.2.1., está reflejada la distribución del empleo en el sector público y privado que está formalizado, pero es evidente también, la situación del trabajo informal o no registrado que es elevado, siendo uno de los inconvenientes para el sistema previsional, puesto que, estos trabajadores no tienen aportes y contribuciones, protección de la seguridad social (obra social, ni para el titular ni su grupo familiar, aseguradora de riesgo del trabajo); la precariedad del trabajo, no les asegura vacaciones y sueldo anual complementario pago, ni los derechos del convenio colectivo de trabajo al cual pertenece la actividad que desempeñan. Todo es conocido y está investigado, pero no hay ninguna acción en concreto por parte de las autoridades para revertir esta informalidad, que por los niveles que alcanza, no puede estar fuera de las responsabilidades públicas.

**Figura III.2.1.** Sector de Inserción Laboral de la Población Ocupada  
- en porcentaje de población ocupada de 18 años y más.  
Años 2010 - 2022



Fuente (UCA & EDSA, 2022).

## Organización institucional y normas de protección constitucional en Seguridad Social

La organización constitucional del país, es un sistema Republicano, Representativo y Federal, según lo establecido en el artículo 1° de la Constitución Nacional (Congreso de La Nación, 1994), como lo han diseñado quienes fundaron el país y tuvieron como plataforma básica, los pactos preexistentes, y como antecedente normativo, el constitucionalismo de la época (año 1853), entre otros, el de la Constitución de Estados Unidos, que implica entre otras cuestiones, el respeto por las autonomías provinciales, en virtud de que estas fueron organizaciones previas, a la conformación de la Nación, según lo reglado en el “**Artículo 121.-** Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”(Congreso de La Nación, 1994).

También se establecen las autonomías municipales en su “**Artículo 123.-** Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (Congreso de La Nación, 1994).

Todo esto es menester subrayarlo, porque entre los poderes no delegados por las provincias, se encuentran la creación de cajas de jubilaciones para la administración provincial y municipal, basados en sistema de reparto, solidario e

intergeneracional, adecuado a cada una de las actividades que desarrolla el Estado Subnacional, asimismo, no han delegado y se reservaron para su creación mediante leyes, cajas para las distintas actividades profesionales matriculadas.

La Carta Magna establece claramente, la aspiración en materia de derechos laborales, organización gremial, ingresos, participación en las ganancias, vivienda, seguridad social.

En su: “**Artículo 14 bis.**- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

“Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna” (Congreso de La Nación, 1994).

Todos estos derechos consagrados en el artículo 14bis (Congreso de La Nación, 1994), fueron introducidos en la Constitución Nacional, en un momento muy particular de la vida institucional de Argentina, porque se convocó a una convención Constituyente reformadora bajo un gobierno de facto, que había destituido al gobierno Constitucional en 1955, mediante la llamada Revolución Libertadora. Sin embargo, este artículo se mantuvo vigente con venideros procesos democráticos, y no sufrió ninguna modificación en la última reforma integral de la constitución que se llevó adelante respetándose todos los mecanismos previstos para su tratamiento y aprobación de los nuevos derechos incorporados en 1994.

## Antecedentes del sistema previsional argentino

Realizaré en esta parte, una descripción de los antecedentes legislativos del sistema previsional argentino, para mostrar sobre cómo ha funcionado desde su nacimiento hasta este momento, con las distintas modificaciones que se fueron generando en estos más de 100 años de vigencia.

Los primeros antecedentes del sistema jubilatorio argentino, datan de 1904, cuando se sancionó la Ley 4.349, en la que se estableció el régimen previsional solo para los trabajadores de la administración pública de la Nación, se puede considerar este antecedente, como el primero en la temática de nuestro país, más allá de alguna prestación originaria conocida como montepío, que era una especie de fondo o depósito para cubrir el retiro, pensiones o ayuda familiar, para determinadas profesiones o actividades.

A fines de la década del 60, más precisamente en 1968, se crea la dirección nacional de recaudación previsional (DRNP), para esa misma época, se sanciona la Ley 18.037, que establecía el régimen jubilatorio para los trabajadores de la actividad pública y privada, en ese mismo sentido, se promulga la Ley 18.038, para los trabajadores autónomos de cualquier actividad. El objetivo de estas 2 normas, era ordenar las cajas jubilatorias y al mismo tiempo, una reforma al régimen previsional de ese tiempo, que tenía como objetivo, atender las futuras prestaciones con un sólido respaldo, económico y financiero.

Luego de la crisis hiperinflacionarias que tuvo nuestro país a fines de los 80 y principio de los 90, que dejó entre otras cuestiones, un saldo muy negativo en términos laborales, sociales y económicos, con un fenómeno nuevo de saqueo de supermercados, por parte de manifestantes que se encontraban si los alimentos necesarios para sus familias, siendo uno de los sectores más afectados el de los jubilados y pensionados por la caída que tuvieron en sus ingresos como consecuencia de la baja recaudación en materia de aportes y contribuciones, toda vez que el trabajo se precarizó y aumentó el nivel de desocupación, el estado nacional que tenía que disponer de más fondos para el pago de las jubilaciones y pensiones, en un determinado momento, decretó lo que se conoció como emergencia previsional, ante la imposibilidad de poder responder frente a los reclamos de actualización de los ingresos, por lo que las prestaciones perdieron la movilidad que las mismas leyes vigentes tenían previsto para que los adultos mayores no perdieran su capacidad adquisitiva, todo esto, había quedado totalmente desarticulado desfasado y sin ninguna posibilidad de sostenibilidad en términos financieros y económicos.



En 1990, las autoridades gubernamentales tuvieron como prioridad una reforma estructural del Estado, para ello, se establece la emergencia económica y administrativa, que habilita al poder ejecutivo nacional a tomar las medidas tendientes a privatizar distintas áreas que estaban administradas y gerenciadas por el estado nacional, en sectores energéticos, telecomunicaciones, transporte terrestre, naval y aeronáutico, y obviamente, incluyó una *Reforma-Refundación* del sistema previsional argentino.

En 1993, se presenta un proyecto de ley por parte del poder ejecutivo para reformar de manera estructural las leyes laborales, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el sistema jubilatorio; en lo referido al sistema de seguridad social, se generó en particular un gran debate en la sociedad, del que también participaron los sindicatos y los empresarios con una gran puja entre quienes apoyaban de manera muy firme la creación de un régimen de capitalización individual, para el retiro de los trabajadores y quienes sostenían la continuidad de un sistema de reparto administrado por el Estado que asegurará una jubilación digna con un sistema de financiamiento sostenible.

Finalmente, ese debate que se desarrolló en el Congreso de la Nación, aprobándose la Ley 24.241, que se comenzó a aplicar en el año 1994, y que estableció el sistema integrado de jubilaciones y pensiones (SIJP), donde los trabajadores en relación de dependencia y autónomos, podían elegir cualquiera de los 2 sistemas vigentes; uno era el régimen de reparto administrado y financiado por el Estado, y el otro, el régimen de capitalización individual.

Los empleados que estaban en el régimen de reparto, podían optar por migrar al sistema de las administradoras de jubilaciones y pensiones (AFJP), pero no tenían ninguna posibilidad de volver al sistema de reparto, si podía después de un determinado tiempo establecido por la misma normativa cambiarse de administradora, que habían nacido producto del nuevo sistema previsional vigente, cuyos propietarios y administradores eran bancos, aseguradoras internacionales, cooperativas y gremios entre otros. Otro dato significativo que favorecía al sistema de capitalización, era que todos los nuevos trabajadores que se incorporaban a un trabajo formal para acceder al sistema de reparto, debían elegirlo en forma expresa, mientras que si no lo hacían, automáticamente eran sorteados e incluidos a cualquiera de las administradoras de jubilaciones y pensiones que operaban en ese momento.

En el año 2007, el Congreso de la Nación aprueba la Ley 26.222, mediante la cual se puso fin a la imposibilidad de que quienes habían optado por el sistema

de capitalización, no pudieran volver a realizar sus aportes en el sistema de reparto, esto permitió, que más de 14 millones de trabajadores, pudieran elegir libremente dónde hacer sus aportes y contribuciones.

La gestión gubernamental que había asumido, en medio de la crisis en el año 2003, venía con una impronta de devolverle al Estado, ciertas áreas que habían sido privatizadas por las reformas que se habían implementado en la década del 90, y entre otras cuestiones, también, tuvo muy en cuenta el sistema previsional y el capital que acumulaban las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP), es por eso que, no resultó sorpresivo, que en el año 2008, cuando ya estaban en plenas funciones la segunda gestión gubernativa, se decidiera la creación del sistema integrado previsional argentino (SIPA), mediante la Ley 26.425, por la cual, fundamentalmente se eliminó el sistema de capitalización individual y traspasó a la administración nacional de la seguridad social todo el sistema, quedando configurado el sistema único de reparto y de carácter público que garantizó de forma igualitaria a todos los aportantes, excepto aquellas personas que ya habían accedido a una prestación por el sistema de capitalización, por lo general, en virtud de una renta vitalicia que no fue incorporada al nuevo régimen establecido en la ley antes mencionada, y que en la actualidad, siguen padeciendo ingresos muy bajos, en proporción a la jubilación mínima que otorga el sistema de reparto, cuestión por la que muchas de estas personas damnificadas, se han presentado a la justicia y han obtenido sentencias favorables a los fines que se les abone una jubilación mínima, como la que perciben todos los beneficiarios del régimen general.

Una cuestión que fue siempre muy debatida y reclamada por los beneficiarios del sistema previsional, es la movilidad de las prestaciones, es decir, cómo se sostienen los niveles del poder adquisitivo, con relación al incremento de los precios de los alimentos de la canasta básica, el aumento promedio del salario de los trabajadores y el índice de precios al consumidor.

Esta situación surge, porque la Ley 24.241 (Congreso de la Nación Argentina, 1993) no contemplaba la movilidad jubilatoria, derecho que está contemplado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuando se refiere a la progresividad en los ingresos de los adultos mayores. Tales reclamos, no solo fueron realizados en sede administrativa ante la administración nacional de la seguridad social, sino que también tuvieron su correlato en el ámbito de la justicia federal con competencia en la seguridad social, confirmándose fallos judiciales en favor de los beneficiarios, otorgándole reajustes por la pérdida que tuvieron con el transcurso del tiempo a partir de la percepción de su haber inicial.

En 2009, se aprueba la Ley 26.417, con el objetivo de ordenar esta situación y reducir los niveles de litigiosidad previsional. Estableció la aplicación de una movilidad, de actualización de haberes en forma automática, dos veces al año, una en marzo y la otra en septiembre. A partir del año 2009, todas las prestaciones que abonó el sistema integrado previsional argentino, realizó las actualizaciones pertinentes, para todas las jubilaciones desde la mínima hasta la máxima, sobre la base de una fórmula en función del 50% de los recursos recaudados con destino a la ANSES y un 50% sobre la evolución de los salarios de los trabajadores estables.

Esta normativa, tuvo vigencia hasta 2017, año en el que fue modificada en la Ley 27.426, que varió la fórmula de cálculo para el aumento de las prestaciones jubilatorias de la siguiente forma: estableció una movilidad que se basara en un 70% en las variaciones del nivel general del índice de precios al consumidor, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, y en un 30%, por el coeficiente que surja de la variación de la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (Congreso de la Nación Argentina, 2017).

También estableció este plexo normativo, que se garantizará a los beneficiarios de la jubilación mínima y que acrediten 30 años de servicios con aportes efectivos, tendrán derecho al pago de un suplemento dinerario hasta alcanzar un haber previsional equivalente al 82% del salario mínimo vital y móvil; la otra modificación, consistió en que pasó a actualizarse cada 3 meses (página 12, s.f.). Esta distinción favorable, que se hizo con respecto a aquellas personas que tenían los 30 años o más de aportes efectivos, tiene su fundamento en que en nuestro país, se vienen aplicando varias leyes en virtud de las cuales, muchas personas que se encontraban sin la totalidad de los años de aportes, por haber trabajado de manera informal o no registrados, pudieran acceder a una prestación mediante moratorias, de la que explicaremos algunos detalles más adelante.

A partir de marzo 2021, se comenzó a aplicar la Ley 27.609, en la que se consagró, que las jubilaciones se ajustarán en forma trimestral, sobre la base de una fórmula que contempla un 50% en base a los recursos recaudados con destino a la ANSES, y un 50% de acuerdo con la evolución de los salarios de los trabajadores estables. Esta es la última modificación que ha sufrido la movilidad, mediante la cual se actualizan los haberes jubilatorios en la República Argentina, al igual que las leyes anteriores que no contemplan la totalidad del índice de precios al consumidor, ha generado una pérdida importante en los ingresos no solo de las jubilaciones mínimas, sino de todas en general, más allá de que

el Gobierno, ha establecido durante los años 2022 y 2023, un sistema de bonos que se aplican en favor de todos aquellos jubilados que cobran la jubilación mínima, con un tope de hasta quienes perciben 2 haberes mínimos mensuales; es indudable, que esto, lo que ha generado, es un acortamiento en el ingreso del sistema de prestaciones en general.

## Leyes moratorias previsionales

Los altos índices de trabajo no registrados o informales que hay en la República Argentina, que no son mejores que los que se observan en el resto de Latinoamérica y el Caribe, hicieron necesario, implementar legislaciones con el propósito de que esos trabajadores, que prestaron servicios en distintas actividades, pudieran acceder a una jubilación mediante el pago de una cuota mensual a debitar de la prestación que obtuvieran o, mediante pagos previos. Estas normas permitieron que, hasta la fecha, más de 2.700.000 de personas, mujeres y hombres, pudieran tener la protección de la seguridad social, en la mayoría de los casos, mediante el ingreso de una jubilación mínima.

En el año 1995, fue sancionada la Ley 24.476, que posibilitó un ingreso de regularización voluntaria de deudas previsionales para todos los trabajadores que estuvieran en condiciones de jubilarse, de acuerdo con la edad establecida en la ley, con una fecha límite para el reconocimiento de aportes hasta septiembre de 1993.

En condiciones similares, se sancionó la Ley 26.970, en agosto de 2014, la que permitió regularizar deudas previsionales a las personas a partir de los 18 años hasta diciembre de 2003. La diferencia fundamental, está centrada en que la primera norma, no tiene vencimiento, y esta segunda, tiene fecha tope hasta el 18 de septiembre de 2016, en que vencía para que pudieran acceder los hombres, y el 23 de julio de 2019, operaba el vencimiento para las mujeres, pero fueron renovándose a través de prórrogas.

En febrero de 2023, se aprobó la Ley 27.705, que otorga una nueva moratoria para un plan de pago de deuda previsional, que tiene por objeto el ingreso de aportes previsionales por parte de las personas físicas para el acceso a las prestaciones previsionales en las condiciones que establece la precitada ley mediante unidades de pago de deuda previsional para trabajadores en actividad, porque en principio, permite a las mujeres que han cumplido 60 años, regularizar los años de aportes que le estuvieran faltando para completar los 30 años, y a los hombres a los 65, les permite regularizar en el mismo sentido mediante el pago

al contado o hasta en 120 cuotas que pueden ser debitadas de la prestación a la que sea acreedor el solicitante. Una característica particular de esta ley es que permite antes de cumplir la edad jubilatoria, regularizar los años de aportes no realizados hasta la fecha, de tal manera que las mujeres, pueden normalizar su situación a partir de los 50 años y hasta los 59 inclusive, y a los hombres, entre los 55 y los 64 años de edad, entre las condiciones que se requieren para el pago en cuotas, está la de cumplir con una evaluación socioeconómica en función de los ingresos y los bienes patrimoniales que tenga cada solicitante, que en caso de ser superiores a los establecidos, solo pueden acceder a esta moratoria, en virtud del pago de contado de la totalidad de la deuda acreditada.

Las cifras exhibidas en la Tabla III.3.b.1, dan cuenta del impacto de las moratorias que se han aplicado en los últimos 20 años, permitiendo que personas que han trabajado, pero, que no le han realizado los aportes correspondientes, en todos los lugares donde se desempeñaron, hayan podido acceder a un beneficio previsional (Ítem SIPA Moratorias). Las más beneficiadas fueron las mujeres, que obtuvieron un beneficio como Amas de Casa, siendo esto una acción de inclusión, frente a las desigualdades que han afrontado y para las que se sigue buscando más alternativas de equiparación en distintos ámbitos, entre ellos, el laboral.

**Tabla III.3.b.1 - Personas Beneficiarias Previsionales. Total, País.**  
Febrero 2021 – 2022

	Febrero 2021	Febrero 2022	Distribución % 2022	Variación anual	
				Absoluta	Relativa %
Sistema Previsional	6.154.928	6.221.957	100,0	67.029	1,1
Jubilaciones y Pensiones SIPA <sup>1</sup>	5.567.698	5.626.895	90,4	59.197	1,2
SIPA Ordinarias	2.838.718	2.856.163	45,9	17.445	0,6
Jubilaciones	1.818.440	1.806.982	29,0	-11.548	-0,6
Pensiones	1.020.278	1.049.271	16,9	28.993	2,8
SIPA Moratorias	2.728.980	2.770.732	44,5	41.752	1,5
Jubilaciones	2.685.148	2.728.482	43,9	43.334	1,6
Pensiones	43.832	42.250	0,7	-1.182	-3,6
Jub. y Pens. Otros Regímenes <sup>2</sup>	587.230	595.062	9,6	7.832	1,3

1. Incluye a beneficiarios de regímenes previsionales especiales.

2. Corresponde a los beneficiarios de jubilaciones y pensiones declarados por los Regímenes Previsionales Provinciales y/o Municipales. No se incluyen beneficiarios de la Caja del Instituto de Ayuda Financiera para pago de retiros y pensiones militares (IAF) y de la Policía Federal Argentina, Metropolitana, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval por falta de datos.

Fuente: (ANSES, s.f.-b)

## Sistema no contributivo en Argentina

En la República Argentina, el mecanismo que se ha utilizado para brindar protección social a distintos sectores que por diversos motivos no han podido obtener un beneficio de retiro o jubilatorio, ha sido mediante las pensiones no contributivas. Estas requieren, determinadas condiciones personales, entre otras, se otorgan pensiones por discapacidad o por madre de 7 hijos o más.

La primera norma que institucionalizó beneficios no contributivos, fue la Ley 12.906, que se comenzó a aplicar en 1946, modificada por otras leyes entre las que podemos mencionar, la 13.025, luego la 18.910 del año 1971, que refería también a pensiones a la vejez y por invalidez; en 1989, durante la presidencia del doctor Raúl Alfonsín, quien fue el iniciador de la etapa democrática con posterioridad a la dictadura, propulsó la Ley 23.746, en la que se otorgó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen 7 o más hijos, más allá de la edad y del estado civil de la misma, entre los requisitos exigidos no debía tener ningún ingreso proveniente del sistema previsional, no poseer bienes, ingresos ni recursos que le permitiera la subsistencia del solicitante y del grupo conviviente.

En lo referente a Pensiones no Contributivas, la Tabla III.3.c.1, muestra que más de 1.700.000 personas, tienen protección social mediante pensiones no contributivas, como lo reconoce nuestra Constitución Nacional en general, y otras leyes complementarias en particular, asegurando los derechos protectores para las personas vulnerables.

**Tabla III.3.c.1 - Personas Beneficiarias de Pensiones No Contributivas.**  
Febrero 2021 - 2022

	Febrero 2021	Febrero 2022	Distribución % 2022	Variación anual	
				Absoluta	Relativa %
Sistema de Pensiones No Contributivas	1.644.008	1.751.103	100,0	107.095	6,5
PUAM <sup>1</sup>	193.261	239.675	13,7	46.414	24,0
Invalidez	1.052.691	1.115.890	63,7	63.199	6,0
Madres 7 o más hijos	305.128	304.212	17,4	-916	-0,3
Vejez	1.432	1.252	0,1	-180	-12,6
Otras <sup>2</sup>	91.496	90.074	5,1	-1.422	-1,6

1. Pensión Universal para el Adulto Mayor

2. La categoría "otras" reagrupa: Pensión de excombatientes, Graciables y Leyes especiales

Fuente (ANSES, s.f.-b)

## La Administración nacional de la seguridad social, los regímenes provinciales e independientes

En la actualidad, coexisten sistemas previsionales que son diseñados, administrados y financiados por las provincias y los municipios, de acuerdo con las normativas particulares de cada lugar, que tiene como aportantes y beneficiarios, a todo el personal de la administración pública y entes descentralizados de las respectivas jurisdicciones. Existe reciprocidad entre los distintos regímenes nacionales, provinciales y municipales, además de convenios internacionales.

En la década del 90, varias cajas de las provincias y municipios, fueron transferidas al Sistema Previsional Argentino, como consecuencia de que se encontraban en situación de alto déficit y no podían cumplir con el pago de las prestaciones; esa transferencia implicó, que debieran adecuarse al régimen nacional en forma escalonada en una determinada cantidad de años. Entre las transferidas, podemos mencionar las pertenecientes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincias de Río Negro, Mendoza, Catamarca, Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán; todo se realizó mediante un convenio de transferencia entre 1994 y 1997. Todas las cajas transferidas por convenios, estuvieron sujetas a revisión por parte de la ANSES; surtida la revisión correspondiente, se detectó la existencia de varios regímenes especiales, que incluía requisitos muy accesibles para determinadas actividades, por supuesto, trabajo de envejecimiento prematuro, que evidenciaban diferencias importantes con relación al sistema nacional.

En oportunidad de las transferencias de cajas, se realizó una amplia tarea sobre control de fraudes o incumplimientos de los requisitos requeridos en las respectivas leyes provinciales. En la medida en que se detectaban irregularidades, se procedía a las intimaciones, para aclarar las cuestiones observadas en los expedientes con cada de sus titulares y en caso de no aportar la documentación suficiente o la justificación de tales inconsistencias, se procedía a la baja del beneficio y el posterior cargo por cobro indebido (participé en este proceso entre los años 2000 y 2003, siendo Gerente de Investigaciones Administrativas de ANSES). Como se mencionó, esto se realizó en función de los convenios para las transferencias de las cajas. También se realizaron denuncias ante la Justicia Federal, cuando se comprobaron hechos con dolo para obtener una prestación por parte del beneficiario u otorgados irregularmente por parte de algún funcionario.

En la actualidad, 13 provincias continúan con sus regímenes previsionales propios. El Gobierno Nacional, viene haciendo distintas gestiones con las cajas

que no han sido transferidas aún, ya que no puede obligarlas, porque poseerlas es una facultad no delegada de las provincias a la Nación. Mientras tanto, la Nación busca armonizar mediante convenios o acuerdos, para que las condiciones y requisitos para acceder a una prestación, sean las mismas que en el sistema nacional. Todo esto está planteado como resultante de que estas cajas provinciales, reciben de manera periódica, asistencia financiera por los déficits que vienen acumulando, producto de que se fue reduciendo la cantidad de aportantes con referencia a los beneficiarios que se van sumando en la medida en que se jubilan y también se siente el impacto por la mayor esperanza de vida, que obviamente se traduce, en una mayor cantidad de prestaciones que abona por cada beneficiario.

Asimismo, “funcionan más de 120 regímenes independientes: Caja de la Fuerzas Armadas, Caja de la Policía Federal, Caja de la Gendarmería Nacional, Caja de la Prefectura Naval, Caja del Servicio Penitenciario Federal, más de 80 cajas de previsión y seguridad social para profesionales (médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, kinesiólogos, martilleros, bioquímicos, psicólogos, contadores, escribanos, etc.), 22 cajas de empleados municipales, 24 cajas de compensación o complementarias y 13 cajas de empleados provinciales” (Apella Ignacio, 2022; Cetrángolo & Grushka, 2020).

La multiplicidad de sistemas y regímenes públicos y privados que funcionan en Argentina, muestran también la dispersión y los gastos que implica administrar cada sistema en particular, porque a mayor volumen de aportantes y beneficiarios, menos costos de gestión.

Analizar el nivel de prestaciones que recibe cada jubilado con relación a la inflación o la canasta básica de alimentos, es una tarea que siempre está presente en los análisis que se realizan en las distintas organizaciones que se dedican a evaluar la calidad de vida que tienen los adultos mayores de acuerdo con el ingreso mensual que reciben. Esto sin dudas, requiere conocer la cantidad de beneficiarios que tiene el sistema previsional argentino, en función de los beneficios que otorga la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), datos que obtendremos de sus estadísticas, en cuanto a la cantidad que son beneficios contributivos y no contributivos. La medición de esos datos objetivos, nos da una pauta de la cantidad de beneficiarios que hay con relación al nivel de aportantes que tenemos en Argentina, es decir, que está vinculado directamente al trabajo registrado de manera formal y también el número de trabajadores no registrados o informales, que muestra una amplitud muy contrastante que evidencia, los inconvenientes con relación al financiamiento del sistema previsional.



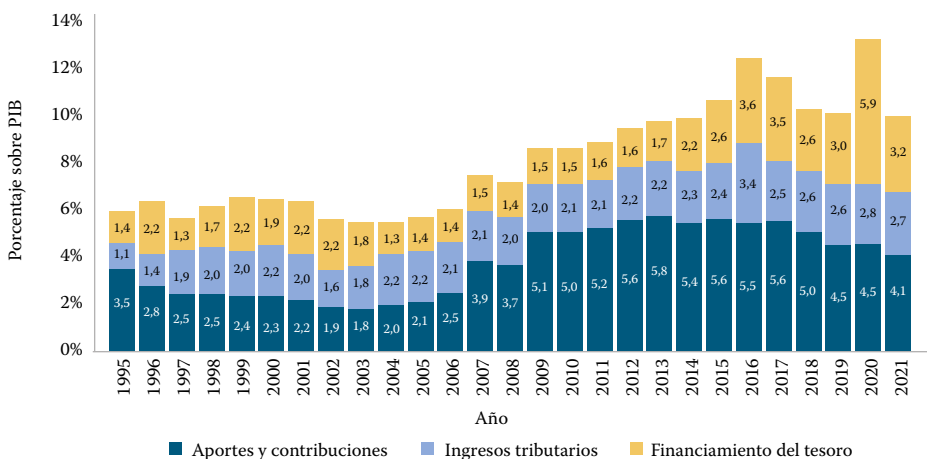
Los ingresos son de carácter tripartito, porque hay aportes de los trabajadores del 11% del sueldo bruto, la patronal tiene contribuciones de un 16% también sobre salario bruto y el Estado financia mediante impuestos, para poder pagar las jubilaciones y pensiones, las que comprenden desde una jubilación mínima, que no cubre prácticamente 1/3 del costo de la canasta básica alimentaria, hasta una jubilación máxima, que es casi el equivalente a más de 6 jubilaciones mínimas.

El Sistema Previsional Contributivo, que incluye todos los beneficiarios que obtuvieron su jubilación mediante las distintas Moratorias, contempladas en las leyes 24.476, 26.970 y 27.705 respectivamente aún vigente, se financió en un 40% con aportes del Tesoro nacional, lo que representa un 2,7% del PIB o un 16,9% de la base imponible para aportes personales del Sistema Previsional Argentino.

La figura III.3.d.1 muestra, los ingresos corrientes de ANSES, separados en sus tres componentes: Aportes, Contribuciones e Ingresos Tributarios afectados a la ANSES.

De la evolución de las erogaciones de ANSES de acuerdo a la fuente de financiamiento, surge claramente el total agregado de los tres componentes, que puede llegar a ser confuso, porque los aportes y contribuciones, sumados los ingresos tributarios, son una buena medida de los llamados *recursos propios*, los giros del tesoro nacional pudieron haber incluido un financiamiento adicional al que correspondía por coparticipación a efectos de hacer frente a la totalidad del gasto por si aquel no fuera suficiente, para afrontar debidamente las prestaciones del sistema previsional.

**Figura III.3.d.1 - El gasto de ANSES según fuente de financiamiento**



Fuente (Ministerio de Trabajo, 2022)

La totalidad de las jubilaciones y pensiones que están registradas por la Administración Nacional de la Seguridad Social, están distribuidas entre aquellas prestaciones que son de carácter contributivo, que alcanzan a 6.995.315 en total y se hayan distribuidas de la siguiente forma: 5.284.476 jubilaciones y 1.710.839 pensiones derivadas o directas por viudez; y las que son esencialmente pensiones no contributivas, que alcanzan a 1.846.282 y que brindan protección a las personas con discapacidad, entre otras. El total de beneficiarios suma entonces, 8.841.597 (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

Es importante señalar esta distinción, porque el sostenimiento de cada una de ellas, tiene su financiamiento por distintos canales. Mientras que, en las contributivas, como mencionamos anteriormente, la financiación está generada a partir de los aportes y contribuciones de los empleados y empleadores, más los aportes que realiza el estado mediante un porcentaje de los impuestos que recauda por los tributos de los combustibles fósiles, el tabaco, bienes personales, ganancias e impuestos al valor agregado. En tanto las no contributivas, tienen un aporte exclusivamente estatal.

Entre las distintas obligaciones que desarrolla La Administración Nacional de La Seguridad Social (ANSES), podemos distinguirlas de la siguiente manera:

En diciembre 2022, el total de jubilados y jubiladas, pensionados y pensionadas, fue de 7.515.991. El 77% tiene algún beneficio contributivo y el 23% restante tiene solo beneficios no contributivos (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

En el mismo período, se liquidaron un total de 8.841.597 beneficios previsionales (un aumento de 205.321 respecto de diciembre 2021), de los cuales, 6.995.315 corresponden a beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y 1.846.282 son beneficios no contributivos (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

En lo que respecta al SIPA, del total de beneficios, 5.284.476 corresponden a jubilaciones y 1.710.839 a pensiones (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

Dentro del subsistema no contributivo, en diciembre 2022 se liquidaron 1.846.282 beneficios. El 63% de ellos, corresponde a PNC (pensiones no contributivas) por invalidez, 16% a madres de 7 hijos o más, 16% a PUAM (Pensión Universal Adulto Mayor) que son los beneficios que se otorgan a personas mayores de 65 años tanto hombres como mujeres que no han alcanzado los 30 años aportes y se les otorga esta prestación que equi-

vale al 80% de la jubilación mínima, que no da derecho a pensión por viudez, y el 5% restante, corresponde a pensiones para ex combatientes de Malvinas, pensiones por vejez, ex presos políticos, COVID (esta Ley estableció una pensión vitalicia para los derechohabientes de las personas que fallecieron prestando servicios esenciales durante el período que va del 01/03/2020 al 30/09/2020), Ley 27.549, pensiones graciables y especiales (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

Cabe destacar, que el bajo porcentaje de pensiones para adultos mayores se debe, a la implementación del régimen especial de Moratoria Previsional aprobado en 2005 y extendido en 2014 y 2019, que incorporó al sistema contributivo a muchas personas que no reunían los años de aportes para ello. Es dable considerar, que este porcentaje irá aumentando progresivamente, a medida que los regímenes especiales de moratoria vayan disminuyendo.

El Reconocimiento de Aportes por Tareas de Cuidado, que consiste en que las madres que al cumplir los 60 años previstos para jubilarse tengan un reconocimiento como años de servicios para completar los 30 años de aportes, por cada hijo 1 año de aporte, por hijo con discapacidad o adoptivo 2 años; esto permitió a diciembre de 2022, que más de 247 mil madres argentinas estén percibiendo su jubilación gracias a esta importante política (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

La ANSES en sus estadísticas (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022), nos brinda datos que son muy claros con relación a las diferencias que se producen en función del sexo, la edad, de como se componen los distintos grupos etarios y cuál peso específico tienen porcentualmente cada uno en el total de beneficiarios; esto demuestra también, las desigualdades objetivas que se producen en el sistema previsional, porque vemos cómo queda cristalizado en las jubilaciones y pensiones, lo que sucede con el trabajo de las mujeres, en cuya actividad laboral no tienen los mismos niveles de ingresos por igual tarea con respecto a los hombres, por eso es importante, reafirmar el criterio de equidad que va más allá de la igualdad, dado que implica, en definitiva, una cuestión de justicia que no se ve traducida en el pago del salario que reciben las mujeres, y esa diferencia persiste durante el período de jubilación, como lo veremos a continuación:

La distribución por sexo arroja que, dentro del SIPA, el 65% de beneficiarios/as son mujeres, y el 35% restante son varones. Pero, en cuanto a los haberes, existe una brecha de 16,9% favorable a los varones (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

El 46% de los beneficiarios/as del SIPA (Sistema Previsional Argentino), tiene haberes iguales o menores a un haber mínimo, un 17%, entre una y dos jubilaciones mínimas y el 36% restante, concentró haberes iguales o mayores a dos prestaciones mínimas (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

Respecto de la distribución por edad, los datos arrojan que el 54% de los/as beneficiarios/as, tienen entre 60 y 74 años, un 40% son mayores de 75 y solo un 6% tiene menos de 60 años. Los haberes promedio se incrementan con la edad, a excepción del rango 50 a 59 años, donde se encuentran los y las jubiladas de los regímenes diferenciales y especiales recientemente jubilados, cuyos haberes medios se encuentran en un 9,3% por encima del promedio (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022).

La Ley 24.013 estableció entre otras cuestiones, la Prestación por Desempleo para aquellos/as trabajadores/as registrados/as legalmente despedidos/as *sin justa causa o por fuerza mayor*, o bien que hayan perdido su trabajo por quiebra de la empresa en la que trabajaban (Congreso de la Nación Argentina, 1991). En diciembre de 2022, se liquidó la prestación a 58.441 personas (ANSES - Observatorio de La seguridad Social, 2022). Esto es para todo trabajador o trabajadora que al menos haya trabajado durante 6 meses con aportes en los últimos 3 años anteriores al despido o a la finalización del contrato para poder acceder a dicho beneficio; durante la vigencia de esta prestación, tendrán derecho a la percepción de asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias, asimismo, a la cobertura médico asistencial de la obra social a la cual se encontraba afiliado al momento del cese. Es muy importante destacar que, durante el período por el cual perciba este beneficio, la persona podrá computar como antigüedad este tiempo con el objetivo del correspondiente reconocimiento de servicios para fines previsionales (Congreso de la Nación Argentina, 1991).

La ANSES tiene a su cargo, la administración de todos los programas de la seguridad social, sean estos de protección social, como las pensiones no contributivas, Asignación Universal por Hijo, salarios familiares, becas para estudiantes, prenatal, cónyuge, matrimonio, nacimiento, ayuda escolar, hijo con discapacidad, adopción, maternidad (ANSES, s.f.-a).

La inversión en seguridad social realizada por el Estado argentino, representa el 45,1% del gasto del Presupuesto (Ministerio de Economía, 2023); se administra con el objetivo de atender las necesidades de los trabajadores asociados a la vejez, la invalidez laborativa, las cargas de familia y el desempleo.

Dicha inversión, está orientada al pago de jubilaciones y pensiones a cargo de la ANSES, también en asignaciones familiares (entre las que se destaca la asignación universal por hijo), en las pensiones no contributivas y la pensión universal para el adulto mayor (PUAM), entre otras iniciativas. Asimismo, se destacan las pensiones no contributivas por invalidez laborativa a cargo de la Agencia Nacional de Discapacidad. Se abonarán las prestaciones de 7,2 millones de jubilados, pensionados y retirados y 4,4 millones de niños, tendrán protección social con la Asignación Universal por Hijo (AUH), entre otras prestaciones (Ministerio de Economía, 2023).

La Tabla III.3.d.1, pone de relieve las diferentes prestaciones sociales que brinda la ANSES, a millones de beneficiarios por distintos motivos, y es una política de Estado en la inclusión de más derechos, que están asegurados presupuestariamente en la inversión anual que realiza Argentina con la contribución del pago de impuestos por los ciudadanos, y otros financiados con fondos de diferente origen.

**Tabla III.3.d.1** - Personas beneficiarias de Asignaciones Familiares.  
Total, País. Febrero 2021 – 2022

	Febrero 2021	Febrero 2022	Distribución % 2022	Variación anual	
				Absoluta	Relativa %
<b>Sistema de Asignaciones Familiares</b>	<b>9.286.271</b>	<b>9.096.172</b>	<b>100,0</b>	<b>-190.099</b>	<b>-2,0</b>
<b>Prestaciones por Hijo</b>	<b>8.326.264</b>	<b>8.187.464</b>	<b>90,0</b>	<b>-138.800</b>	<b>-1,7</b>
Contributivo	3.267.461	3.136.524	34,5	-130.937	-4,0
Relación de Dependencia	2.556.265	2.382.007	26,2	-174.258	-6,8
Seguro por Desempleo	122.956	108.251	1,2	-14.705	-12,0
Monotributo	588.240	646.266	7,1	58.026	9,9
Pasivos	657.704	668.941	7,4	11.237	1,7
AUH	4.401.099	4.381.999	48,2	-19.100	-0,4
<b>Otras Prestaciones</b>	<b>960.007</b>	<b>908.708</b>	<b>10,0</b>	<b>-51.299</b>	<b>-5,3</b>
Prenatal	26.372	23.954	0,3	-2.418	-9,2
Prenatal Monotributo	2.647	2.774	0,0	127	4,8
AUE	114.362	85.525	1,0	-28.837	-25,2
Maternidad	11.560	11.837	0,1	277	2,4
Cónyuges pasivos	805.066	784.618	8,6	-20.448	-2,5

Fuente (ANSES, s.f.-b)

## Fondo de garantía de sustentabilidad, funcionamiento, inversiones y evolución

Este fondo, creado mediante Decreto número 897 del 13 de julio de 2007. La Ley 26425 que fuera promulgada el 4 de diciembre de 2008, en su primer artículo dispuso, la unificación del sistema previsional en lo que se denomina sistema integrado de jubilaciones y pensiones, conocido como sistema integrado previsional argentino (SIPA); la reglamentación estableció, que el total de los fondos acumulados por las AFJP, se traspasarán en especie al fondo de garantía de sustentabilidad del sistema integrado previsional argentino, este es, un fondo soberano de inversión argentino compuesto por diversos tipos de activos financieros, funciona como un fondo contracíclico que puede utilizarse eventualmente para el pago de las jubilaciones y las pensiones (Chequeado, s.f.), frente a eventuales crisis económicas y sociales, lo que significa un soporte de respaldo muy importante a la hora de asegurar el pago de las prestaciones a los millones de beneficiarios que están pendientes todos los meses para recibir su pago correspondiente. “Para incrementar su patrimonio el FGS realiza inversiones que actualmente el 73% de esos fondos se destinan a títulos públicos mientras que un 11% a acciones de empresas lo que en algunos casos le permite al estado participar de la reunión de accionistas de estas, entre 2008 y 2015 los recursos del fondo de garantía de sustentabilidad se incrementaron casi en un 72% mientras que a fines de 2019 habían tenido una caída de un 24% con respecto a 2015, y en la actualidad, se recuperaron en un 23,9%” (Chequeado, s.f.). Este fondo no solo se constituyó con el traspaso de lo acumulado por la AFJP, sino que además, “recibió acciones de numerosas empresas privadas como el grupo multimedio Clarín, cablevisión, Edenor, Banco Macro, Molinos Río de la Plata y Ledesma entre otras” (Chequeado, s.f.). Esto le dio la posibilidad al Estado nacional, de participar de las asambleas de accionistas de estas compañías.

El fondo de garantía de sustentabilidad, está integrado por activos financieros como, títulos públicos, acciones de sociedades anónimas, plazos fijos, obligaciones negociables (instrumentos de deuda emitidos por empresas), fondos comunes de inversión, fideicomisos financieros y préstamos a provincias. También invierte en proyectos productivos o de infraestructura como el programa de créditos para la vivienda procrear y realiza préstamos a jubilados y beneficiarios de asignaciones y pensiones, este fondo tiene poca disponibilidad de fondos líquidos (es decir dinero disponible para ser utilizado), dado

que en su gran mayoría la inversión está en aplicaciones financieras y préstamos (Chequeado, s.f.).

“El fondo de garantía de sustentabilidad es controlado por un consejo, Integrado por representantes sindicales, de los jubilados, empresarios, legisladores, de la jefatura de gabinete y de la ANSES (*FGS - Fondo de Garantía de Sustentabilidad*, s.f.). Sus acciones son controladas por la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social del Congreso de la Nación, la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), la Auditoría General de la Nación (AGN), y por la Defensoría del Pueblo de la Nación” (Chequeado, s.f.).

Desde fines de 2008, luego de la estatización de las AFJP, y habiendo quedado constituido un solo sistema jubilatorio nacional, el fondo de garantía de sustentabilidad contaba con inversiones por 29.000 millones de dólares, según el tipo de cambio oficial informado por el banco de la Nación argentina. Siguiendo con la medición en dólares a fines de 2015, este fondo se había acrecentado, llegando a una cifra de 49.900 millones de dólares (ANSES, 2022), es decir, que se había incrementado en un 72% con respecto a sus inicios (Chequeado, s.f.).

A fines de 2019, el fondo se había reducido en un 24%, por lo tanto, su monto ascendía a 37.900 millones de dólares. Según los datos registrados al segundo trimestre de 2022, el fondo informó tener una totalidad de recursos por 47.000 millones de dólares (ANSES, 2022), es decir, un 23,9 % más que en el 2019, y casi un 6% menos que en 2015 (*FGS - Fondo de Garantía de Sustentabilidad*, s.f.).

Mediante la sanción de la Ley 27.260, el 29 de junio de 2016, denominada “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados” (Congreso de la Nación Argentina, 2016), esta ley autorizó el uso de parte del capital constituido en el fondo de garantía de sustentabilidad, para afrontar los gastos que demandarán el cumplimiento de la ley mencionada. Esta norma, tuvo entre sus objetivos fundamentales, reducir el nivel de litigiosidad, que tenía la administración nacional de la seguridad social, como consecuencia de los cientos de miles de juicios iniciados por los beneficiarios, reclamando por vía judicial, el reajuste de sus haberes por la pérdida adquisitiva de sus ingresos como consecuencia de que los aumentos de las prestaciones no cubrían el crecimiento de los precios y de la inflación, de esta forma se implementaron acuerdos con cada uno de los litigantes que permitan reajustar los haberes jubilatorios y pagar las deudas previsionales, con respecto a aquellos beneficiarios que reunieran los requisitos establecidos en la mencionada ley, se podía celebrar este tipo de acuerdos con quienes hubieran iniciado un juicio con o sin sentencia firme y también habilitaba a los que no hubieran iniciado juicios o

tuvieran trámite administrativos de reclamos, no era obligatorio acceder a esta operatoria y podían continuar con las demandas judiciales iniciadas. Todos estos acuerdos, debían ser homologados judicialmente, para lo cual se prescindía de la situación de las partes; debido al volumen de los expedientes judiciales, este programa permitió también que se instrumentará a través de medios electrónicos. Se admitía la firma digital o cualquier otro medio que otorgue garantías suficientes sobre la identidad de la persona, el estado de emergencia dictado por esta norma, tenía una vigencia de 3 años a partir de su promulgación.

Habiendo consultado la información pública del fondo de garantía de sustentabilidad, se obtuvo la siguiente información (ANSES, 2022):

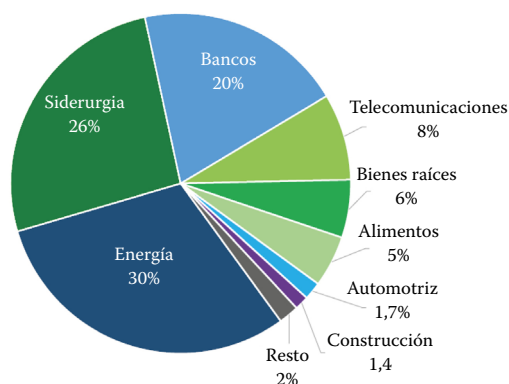
El valor del stock de Acciones en Cartera total del FGS, creció 42,7% durante el tercer trimestre de 2022, ubicándose en \$ 885 mil millones de pesos.

El crecimiento interanual (73,2%), resultó algo inferior al observado en el mercado accionario local en igual período (80%), considerando como referencia el Índice del S&P Merval<sup>1</sup>.

A lo largo del trimestre bajo análisis, las suscripciones primarias y las operaciones en el mercado secundario, totalizaron \$22,9 millones de valor nominal, equivalentes a \$ 4.742 millones (a precios del 30/09/2022).

En la Figura III.3.e.1, se muestra la distribución de las inversiones que se realizan con los fondos acumulados en el FGS.

**Figura III.3.e.1 – Inversión total - Participación % por Sector septiembre 2022**



Fuente (ANSES, 2022)

<sup>1</sup> Índice de uso habitual de Argentina, busca medir el desempeño de las acciones de mayor tamaño y liquidez operadas en Bolsas y Mercados Argentinos (BYMA), que estén clasificadas como acciones locales.



## Conclusiones

He elaborado un análisis del sistema previsional argentino, prácticamente desde su nacimiento hasta nuestros días, con las distintas etapas y los inconvenientes que padeció el sistema, como consecuencia de los cambios institucionales con los gobiernos de facto, pues fueron pocos los períodos democráticos hasta 1983, y a partir de ahí, hasta nuestros días, con una Democracia fortalecida y funcionando en el marco de lo que establece nuestra Constitución nacional, sin dejar de observar, las crisis económicas, sociales, la hiperinflación, los niveles de desocupación, la pobreza, el trabajo no registrado, la economía en negro, la evasión fiscal y previsional, las cuestiones que fueron mostrando en nuestro país, lo difícil que ha resultado poder amalgamar, un proyecto de nación a mediano y largo plazo.

Los distintos gobiernos, no se propusieron objetivos que llevaran adelante esa demarcación general para nuestra Nación; lo que comporta un motivo permanente de debate y de discusiones, ya que los cambios de gobierno en definitiva reflejan claramente, las dificultades que afronta el mismo sistema de seguridad social de nuestro país, porque no está exento de cada una de estas circunstancias que fuimos viviendo; no obstante, siempre hemos tenido en materia de seguridad social, un alcance muy positivo e importante en algunas oportunidades, hasta siendo vanguardista en cuanto a la aplicación de nuevas normas de protección social al trabajador, a los adultos mayores, a la niñez y a las madres.

El sistema ha sufrido las malas administraciones, el uso discrecional de los fondos de jubilaciones y pensiones, porque en principio, había un nivel muy alto de cotizantes o aportantes como decimos en nuestro país, y quienes eran receptores de las primeras prestaciones jubilatorias, eran un número muy pequeño comparado con los que tenemos que atender en la actualidad, administrar y tratar de solucionar para que el sistema realmente funcione.

Se realizaron cambios en cuanto al requerimiento de la edad para el hombre y para la mujer al momento de jubilarse, la cantidad de años de servicios con aportes, pues al respecto, debemos tener en cuenta que, los empleados dependientes del empleo público, tienen todos los aportes y contribuciones de ley, pero otra es la realidad de los trabajadores del sector privado, y otra muy distinta, es el trabajo de los cuentapropistas o autónomos, que por lo general, tienen más inconveniente en lograr los aportes suficientes, comoquiera que tienen que asumir el pago de los aportes de la totalidad en forma unipersonal.

El Estado, ha debido suplir producto de sus malas gestiones administrativas, económicas y financieras, creando nuevos impuestos o derivando parte de algunos de los ya creados, para poder sostener el pago de las prestaciones en diferentes momentos que comenzaban en forma transitoria y luego se establecían en forma definitiva. Se dictaron normas de emergencia previsional, que en definitiva, no atendían la cobertura que correspondía a los jubilados, de acuerdo con su historia laboral y de aportes.

Se cambió por un sistema de capitalización individual, que en nuestro país podríamos decir, que fue un rotundo fracaso, por distintos motivos, la realidad es que hoy, quienes reciben una renta vitalicia producto del funcionamiento de las administradoras de fondo de jubilaciones y pensiones, tienen un ingreso realmente indignante, porque no cubre en algunos casos en término promedio, un 20% de la canasta básica alimentaria y obviamente se encuentran por debajo de la línea de pobreza y hasta de indigencia en algunos casos. Con lo que antecede, he intentado reflejar la inviabilidad del Sistema Jubilatorio Argentino, tal como existe en la actualidad, las severas dificultades que afronta y la inevitable evolución negativa que irá *in crescendo*, con cada vez más aportes de Rentas Generales del Estado para afrontar las obligaciones que el mismo presenta.

El trabajo informal en la República Argentina, al igual que en el resto de América Latina y el Caribe, es un tema que es muy duro, y por el contrario, en lugar de disminuir en su impacto con relación al trabajo registrado, vemos como se acrecienta, como lo hemos analizado: en los 80, fue para los trabajadores autónomos o cuentapropistas, porque como señalé más arriba, son quienes siempre tuvieron mayores dificultades para poder afrontar el pago, y además saben de antemano, que tienen en el futuro, una cobertura de seguridad social en materia de jubilación, un ingreso que no va a superar el monto mínimo establecido en el régimen previsional, por lo que es indudable que este tema tiene que ser abordado y debe resolverse de manera paulatina, comoquiera que en la medida en que tenemos menores aportantes o cotizantes, entramos en un callejón sin salida, porque son cada vez menos, las personas que aportan, y más las que están fuera de los registros formales o de las nóminas de los empleadores.

Es indudable, que se genera un déficit muy importante, por eso el Estado fue incorporando una mayor fiscalidad como soporte para el pago de todas las prestaciones. Las primeras medidas que se deben adoptar en el gobierno nacional, juntamente con las provincias y los municipios, es un sistema de control para que el trabajo que no está registrado se vaya regularizando, se requiere de una norma extraordinaria que permita realizar un blanqueo de todos aquellos traba-

jadores que no le están realizando los aportes y contribuciones por parte de sus empleadores. Los generadores de empleo, fundamentalmente las pequeñas y medianas empresas, siempre reclaman que necesitan una menor presión fiscal en materia de seguridad social, en lo que se refiere a los aportes previsionales, obra social, seguro por accidente, enfermedad profesional o inseguridad en el trabajo, porque tienen que trasladar ese costo de manera directa a su sistema productivo, lo que no solo le quita competitividad en el mercado interno, sino también en la posibilidad de entrar en el mundo de las exportaciones de aquellos productos que pueden ser exportados a América Latina o Europa.

Este debate que está instalado en la sociedad, se contrae a que siempre, el eslabón más débil de esta cadena de inconvenientes es el trabajador, porque siente que perderá derechos adquiridos, que las condiciones laborales no van a ser las que realmente merece en el siglo 21 y además sienten de manera muy fuerte la competitividad con respecto a la ciencias aplicadas en sus diversas formas, y en estos últimos tiempos, el impacto que puede generar la inteligencia artificial y la digitalización. Hay organizaciones y especialistas que prevén que en el futuro, destruirán puestos de trabajo, lo que genera un gran interrogante a escala global, en el marco de la participación de los trabajadores a través de los sindicatos, del Estado, y sin lugar a duda, de los sectores de la producción de los más diversos como tenemos en nuestro país, que va desde el agro hasta la siderurgia, desde los servicios hasta el sector financiero, pasando por las industrias metalmeccánica, textil, minera, pesquera, turística y tecnológica.

Es imperioso visibilizar alternativas serias de corrección de esta problemática, las cuales sin duda serán complejas, generarán fuertes debates, pero son extremadamente necesarias para evitar un colapso definitivo del sistema previsional argentino.

Se debe elaborar un plan que contenga varios puntos, en primer lugar, debe trabajarse a cerca de la necesidad de recuperar la cultura del aporte y contribución a la seguridad social, para reducir los altos niveles de evasión fiscal en materia contributiva, ya que esto debiera ser parte de la currícula educativa de todos los estudiantes del país en la educación primaria y secundaria.

También deben implementarse, programas tendientes a concientizar a las patronales y a los trabajadores, que realizar los aportes jubilatorios, es asegurar en el futuro, una vida digna estable y de calidad, para cuando llega el tiempo del retiro y se comienza otra etapa de la vida de adultos mayores, esto debe ir acompañado de un procedimiento de fiscalización continua en las distintas empresas y actividades, con el fin de asegurar que cada trabajador, este inscrito

en la nómina regular de los trabajadores que realizan aportes al sistema previsional argentino, no como una medida sancionatoria, sino como un trabajo de rectificación y de ordenamiento de todos aquellos trabajadores y trabajadoras que se encuentren trabajando de manera informal y sin registración, de acuerdo a lo que establecen las leyes vigentes.

El actual sistema jubilatorio, genera inequidades horizontales inadmisibles, ya que la cada vez mayor financiación de éste, con recursos corrientes del Tesoro nacional, no hace otra cosa que, por ejemplo, aquellos que no serán acreedores de los beneficios, por ser trabajadores informales, desocupados o subocupados, aporten con el pago de los impuestos al consumo (el Impuesto al Valor Agregado, por ejemplo) a los beneficiarios del sistema.

Se debe encarar una reforma que permita hacer sustentable el sistema y que visualice la real dimensión de la problemática actual en lo relativo al aumento de la expectativa de vida, el aumento de la edad útil para el trabajador y que sea el propio trabajador activo un componente central en el sistema de financiamiento de las jubilaciones futuras.

Es totalmente lógico, iniciar un proceso de aumento en los años de aporte de los trabajadores registrados, con el fin de disminuir el *gap* que se produce entre los años aportados y los años de haberes jubilatorios percibidos. Analizando los desequilibrios actuales, estimo que un aumento en 5 años de la cantidad de aportes, serviría para iniciar un proceso de estabilización del sistema, mediante un mecanismo de aumentar cada dos uno de aporte.

Ello debe ser acompañado, inevitablemente, por acciones concretas del Estado, con el propósito de lograr la regularización del trabajo informal o no registrado, que posibilite aumentar los niveles de recaudación, sumado a un aumento de los aportes por parte de los trabajadores en un 3 %, pasando el nivel de estos del 11 al 14%.

Hay sistemas subnacionales, en nuestro país, que ya prevén aportes mayores al 11% como lo establece hoy el régimen del sistema previsional argentino, en algunos regímenes especiales también de las provincias las contribuciones, inclusive es aún mayor al 14%, por lo que estamos evidenciando en el sistema nacional, que ante la mayor esperanza de vida, implica que las trabajadoras y trabajadores, perciben durante muchísimo más tiempo las prestaciones obtenidas mediante jubilaciones o pensiones. Es indudable que requieren de un mayor nivel de ingreso por cada aportante para sostener y hacer más sólido el sistema jubilatorio nacional.

Entonces, dicho sistema es el que padece las mayores dificultades para el financiamiento de las prestaciones, porque no logra tener 4 aportantes por cada beneficio que se paga, que sería el número óptimo para el funcionamiento de un sistema de reparto. Se estima que en la actualidad, hay 10,3 millones de aportantes al sistema previsional y 5,5 millones de jubilados (ANSES, s. f.-a), esto implica una relación 1,86 trabajador por cada persona que percibe un haber previsional. Para sostener los pagos regularmente, se requiere de aportes fiscales que transfiere el tesoro nacional al sistema en un 40% para completar los pagos mensuales (ANSES, s.f.-b).

El ajuste para el pago, fundamentalmente lo hacen sobre la base de una jubilación mínima muy exigua y un tope a las jubilaciones de mayores ingresos, de ahí que todos los años va creciendo el nivel de presentaciones judiciales por parte de los damnificados, con el fin de recuperar la calidad del ingreso de acuerdo con los aportes que realizaron durante su vida laboral.

Estas medidas deben ser objeto de debate y deberían ser consensuadas por la mayoría del arco político, los sindicatos, especialistas, empresariado, en el ámbito del congreso para obtener una ley que comience el proceso de recuperación, estabilización y sostenibilidad del sistema de reparto vigente, con el fin de tomar las reformas al sistema previsional como política de Estado, ya que de otro modo, la inviabilidad de las medidas terminará de devastar el actual y perimido sistema jubilatorio que existe en Argentina.

## Bibliografía

- ANSES. (s.f.-a). Consultado el 19 de junio de 2023, de <https://www.anses.gob.ar/>
- ANSES. (s.f.-b). Estadísticas de la Seguridad Social. Consultado el 10 de junio de 2023, de <https://www.anses.gob.ar/estadisticas-de-la-seguridad-social>
- ANSES. (2022). Informe Estadístico Trimestral - Tercer trimestre 2022. Extraído de <http://fgs.anses.gob.ar/archivos/secciones/FGS%20-%20III.TRIM.22.pdf>
- ANSES. Observatorio de la Seguridad Social, 2022. Informe de Estadísticas de la Seguridad Social, IV Trimestre 2022. Extraído de <https://www.anses.gob.ar/observatorio/informe-de-estadisticas-de-la-seguridad-social-iv-trimestre-2022>
- Apella Ignacio. (2022). *El sistema previsional argentino, sus logros y desafíos. Aportes para un debate de política informado*. [www.bancomundial.org](http://www.bancomundial.org)
- Cetrángolo, O., & Grushka, C. O. (2020). El sistema de pensiones en la Argentina: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. *MACROECONOMÍA*

DEL DESARROLLO, 208. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45821-sistema-pensiones-la-argentina-institucionalidad-gasto-publico-sostenibilidad>

Chequeado. (s.f.). *Qué es el Fondo de Garantía de Sustentabilidad y en qué invierte sus recursos*. Recuperado el 20 de junio de 2023, de <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-el-fondo-de-garantia-de-sustentabilidad-y-en-que-invierte-sus-recursos/>

Congreso de La Nación. (1994). *Ley 24.430 - CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA*. Extraído de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (1991). *Ley Nº 24013*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (1993, octubre 13). *Ley 24241 - SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES*. Extraído de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (2016, mayo 26). *Ley 27260 - PROGRAMA NACIONAL DE REPARACIÓN HISTÓRICA PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS*. Consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/263691/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (20217, diciembre 28). *Ley 27426 – REFORMA PREVISIONAL*. Consultado en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/176774/20171228>

Diario Perfil. (2023, marzo 17). *Según la OIT, el 45% de los trabajadores en la Argentina son informales*. <https://www.perfil.com/noticias/economia/oit-el-45-de-los-trabajadores-en-la-argentina-son-informales.phtml>

Donnari C. (2019). *SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO - Pensiones no contributivas y relación laboral* [TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN]. Universidad Siglo 21.

FGS - Fondo de Garantía de Sustentabilidad. (s. f.). Consultado el 19 de junio de 2023, en <http://fgs.anses.gob.ar/>

INDEC. (2022). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas*. <https://censo.gob.ar/>

INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina. (s. f.). Consultado el 20 de mayo de 2023, de <https://www.indec.gob.ar/>

Ministerio de Economía. (2023). *Presupuesto Ciudadano 2023*. [https://www.economia.gob.ar/onp/presupuesto\\_ciudadano/seccion2.php](https://www.economia.gob.ar/onp/presupuesto_ciudadano/seccion2.php)

Ministerio de Trabajo de la Nación Argentina. (s. f.). *Situación y evolución del trabajo registrado*. Extraído el 20 de mayo de 2023, de <https://www.trabajo.gob.ar/estadisticas/trabajoregistrado/>

Ministerio de Trabajo, E. y S. S. de A. (2022). La evolución del gasto de ANSES según fuente de financiamiento Análisis del período 1995 - 2021. En 2022. <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/seguridadsocial/el-gasto-de-anses-segun-fuente-de-financiamiento>

Página 12. (s. f.). *Un ajuste maquillado - Cambios en la movilidad y jubilación a los 70*. Consultado el 20 de junio de 2023, en <https://www.pagina12.com.ar/76982-un-ajuste-maquillado>

UCA, & EDSA. (2022). *PRESENTACIÓN ANUAL DEL OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA*.







# La falsa indivisibilidad de la mesada pensional: una revisión crítica de la asunción de la mesada pensional por invalidez de origen mixto en Colombia<sup>1</sup>

*Valentina Mendoza Tascón<sup>2</sup>*  
*Christian Camilo López Vallejo<sup>3</sup>*

- 
- <sup>1</sup> Trabajo de reflexión presentado como requisito de grado en el marco de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Laborales. Asesora: Alexandra Hurtado Maya, Universidad Libre Seccional Pereira.
  - <sup>2</sup> Abogada de la Unidad Central del Valle del Cauca – UCEVA; estudiante de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Laborales, Universidad Libre Seccional Pereira.
  - <sup>3</sup> Profesional en salud ocupacional de la Universidad del Quindío; estudiante de la Especialización en Derecho del Trabajo, Pensiones y Riesgos Laborales, Universidad Libre Seccional Pereira.



## Introducción

Si se entiende que, desde una perspectiva ontológica, el derecho aparece como una disciplina que tiende a regular ciertas dinámicas sociales, es prudente reconocer en su núcleo un componente evolutivo, variable, que impide la estaticidad de las normas y de los criterios jurisprudenciales. La relación sociedad-derecho también dificulta que se vea en la espontaneidad del pensamiento, o en el azar, la razón de los avances normativos o interpretativos.

Desde esa línea, se tiene que la evolución del derecho responde a circunstancias sociales concretas, es decir, a modificaciones de los modos comportamentales de los individuos en sus horizontes morales, económicos, políticos, entre otros. Ahora, de cara al trabajo de investigación que se presenta, se busca identificar aquellos enunciados conceptuales de naturaleza jurídica que aparecen como soporte de la Sentencia SL4297 de 2021, es decir, se quiere efectuar una delimitación conceptual que haga posible una comprensión del criterio de unidad de la mesada pensional que la Alta Corporación fija en dicha providencia.

El tipo de metodología que se utilizará para la identificación histórica de los conceptos que nutren la discusión sobre la unidad e indivisibilidad de la mesada pensional, corresponde a la genealogía arqueológica de Michel Foucault. Por arqueología, no se designa una mera excavación histórica de los enunciados, sino un verdadero proceso de identificación de la evolución conceptual que da sentido a inclinarse por una determinada regla o principio, es decir, por asumir el reconocimiento de una prestación económica de invalidez bajo la postura de la indivisibilidad o bajo aquella de una prestación dividida o prorrateada.

El despliegue metodológico, seguirá las explicaciones del filósofo francés en su obra *Arqueología del saber*, lo que implicará comprender la arqueología, como aquella forma de demostrar las razones que permitieron, en un momento dado, variar o transformar una determinada forma de entender un derecho. Como conclusión temprana, se encuentra que algunos conceptos que hacen viable el análisis arqueológico de la sentencia, son los de *unidad pensional, favorabilidad, indivisibilidad y equilibrio económico*. La confrontación de este marco conceptual, llevará a plantear interpretaciones alternativas y que respeten, posiblemente en mayor medida, los derechos de los implicados en el asunto.

Sobre el tema de fondo, se reconoce que la seguridad social, se erige constitucionalmente como un derecho fundamental, lo que implica una articulación y coordinación económica, jurídica y política que permita la cobertura, en términos de eficiencia, favorabilidad y seguridad de aquellas contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, que logran desestabilizar económicamente a los ciudadanos. Ante esa situación, el legislador ha previsto la forma de garantizar la cobertura de tales contingencias a través del reconocimiento de prestaciones económicas o asistenciales, donde es determinante el conocimiento del origen de la afectación, es decir, si responde al ambiente laboral o al espacio común.

Aunque la distinción sea importante en el paradigma jurídico, no puede pasarse por alto, que en lo que podría llamarse el mundo de la vida, es frecuente que ocurran afectaciones en las que concurren eventos de diferentes orígenes. Por ello, este trabajo se compondrá de tres capítulos, centrando su atención, en el primero, en analizar la *ratio decidendi* de la Sentencia SL4297 de 2021, dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en razón a que allí se discutió y se resolvió un problema jurídico relacionado con el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen mixto; en el segundo capítulo, se establecerán aquellos conceptos jurídicos que resultan confrontados con la Sentencia SL 4297 de 2021 y que, a su vez, permiten generar un ambiente alternativo donde sea viable justificar desde otra orilla el tema analizado y; en el tercer capítulo, se realizará una interpretación del principio de indivisibilidad de la mesada pensional en eventos de pensión de invalidez de origen mixto, con fundamento en las reglas jurídicas de la favorabilidad y el equilibrio económico, en orden a justificar otra solución jurídica a dicho fenómeno. La relevancia de otra posición, además, se evidenciará en la mayor protección que puede lograrse sobre el haber patrimonial del afiliado, lo que justifica las conclusiones y la elaboración misma del trabajo.

## **Prestación económica de invalidez derivada de un origen mixto: revisión de la *ratio decidendi* de la sentencia SL4297 de 2021**

Una lectura atenta de la Constitución Política de Colombia de 1991 permite advertir que, consagra una serie de mandatos referentes a la naturaleza, cobertura y efectos de la seguridad social, elevando ese concepto, incluso, al rango de derecho fundamental. El artículo 48 de la Carta, define la seguridad social como

“un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley” (Constitución Política de 1991, art.48). Dispone la Carta, igualmente, que la seguridad social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes.

Considerando ese antecedente constitucional, resulta relevante poner la mirada sobre cualquier asunto que trace las reglas para la realización de tal derecho. Sobre la forma de materializar el derecho a la seguridad social, también ha sido el legislador, quien ha dispuesto que el Sistema General de Pensiones, por ejemplo, tiene por objeto: “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en el ordenamiento jurídico (Ley 100/1993, artículo 10)”. Un fin similar, se podría expresar respecto del Sistema General de Riesgos Laborales, con la precisión de que las contingencias que cubre, son aquellas derivadas del espacio de trabajo, es decir, de una vida puesta entre paréntesis que difiere de lo común.

Los afiliados encuentran, en consecuencia, dos modos de presentarse una contingencia que cubra el Sistema General de Seguridad Social: bajo un riesgo común y uno laboral. La dicotomía conceptual o del riesgo, sube de tono bajo el principio de unidad establecido en el artículo 2° literal e) de la Ley 100 de 1993, pues, de él emergen interpretaciones que le reservan a cada sistema la cobertura -de forma exclusiva y, si se quiere, excluyente- de las contingencias que se inscriben causalmente en un específico riesgo.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que tanto el espacio común como el laboral, aparecen en un horizonte más amplio que es la cotidianidad, o simplemente la vida, es apenas lógico que, en algunos eventos concurren factores ocurridos en ambientes comunes y en ambientes laborales, generándose lo que sería una afectación de origen mixto que sorprende al régimen jurídico. A pesar de que la mixtura es solo el corolario del mundo de la vida, resulta importante ubicarse en el paradigma del derecho -que distingue mundos, que distingue riesgos- para identificar la forma en que se logra la cobertura de una disminución en la capacidad laboral -económica- de una persona.

Para permitir el análisis de ese fenómeno, se tomará el caso de una invalidez calificada a partir de patologías de origen común y de origen laboral. Con otras palabras, se verá cómo el entramado jurídico en materia de seguridad social, encara el problema de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, estructurada sobre afectaciones comunes y laborales, es decir, que debería cubrir o el

sistema de pensiones o el sistema de riesgos laborales. Ni el caso ni las posibles soluciones, serán meras hipótesis, dado que se revisarán los argumentos esbozados por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL4297 del 8 de septiembre de 2021, en orden a identificar la razón o razones de la decisión, así como los conceptos relevantes que permitirán un posterior acercamiento crítico.

Los elementos fácticos del caso estudiado pueden sintetizarse así: un ciudadano formula demanda ordinaria laboral de primera instancia contra una aseguradora de riesgos laborales y de una administradora de fondos de pensiones (AFP); el ciudadano, al momento de presentar la demanda, contaba con una pensión de invalidez reconocida por la AFP, en virtud de una calificación de pérdida de capacidad laboral del 53.24% y que se catalogó como derivada causalmente de un riesgo común; posteriormente, le calificaron algunas patologías como de origen laboral, determinando una incidencia en la pérdida de capacidad laboral del 21.44% (CSJ, SL4297 del 2021, p.1). Ante esos hechos, el entonces demandante solicitó “el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen profesional junto con el retroactivo, los intereses moratorios, lo ultra y extra *petita* y las costas procesales” (CSJ, SL4297 del 2021, p.2).

En primera instancia, se absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra; en segunda instancia, el cuerpo colegiado que conoció el proceso en alzada, confirmó la decisión de manera íntegra; por último, en el escenario de la casación, la Corte decidió no casar la decisión. Siendo ese el panorama del asunto que se estudia se pasará a exponer las razones que llevaron a la Corte a tomar tal decisión, y que, como se dijo, nos servirán como marco para una posterior revisión crítica de la sentencia que tendrá lugar en los capítulos subsiguientes.

Como el interés del trabajo está puesto sobre el abordaje jurídico de la pensión de invalidez de un origen mixto, se tomarán en cuenta solo las razones que se expresaron frente al “primer cargo”, que consistió en acusar “la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, en relación con la falta de aplicación del precedente contenido en las sentencias CC C- 425-2005 y CC T- 518- 2011” (CSJ, SL4297 del 2021, p.10). En este cargo, el recurrente pone el dedo sobre una supuesta indebida aplicación e interpretación de las normas y de los criterios jurisprudenciales que cincelan el principio de integralidad, con los que, a su juicio, es posible la sumatoria de patologías de diversos orígenes para estructurar una pensión de invalidez de origen profesional.

Sobre estos puntos, la *ratio decidendi* de la posición asumida por la Corte, giró en torno a dos conceptos fundamentales: integralidad e indivisibilidad. Frente al primero, sostuvo la Alta Corporación que: “(...) para efectos de acceder a la pensión de invalidez, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral debe ser integral para los eventos en que se presenten padecimientos de origen común y profesional (...)” (CSJ, SL4297 del 2021, p.13). Como puede apreciarse, la Corte es clara en que el acceso a la pensión de invalidez no se ve limitado por la concurrencia de patologías que respondan a un origen diverso -común y profesional-, pues, bajo el principio de integralidad, la pérdida de capacidad laboral debe ser revisada considerando todas las patologías —al margen de su origen— y todas las secuelas.

No ofrece discusión, entonces, la posibilidad de estructurar un estado de invalidez con patologías comunes y profesionales. Ahora, sobre el concepto de indivisibilidad, se encuentra el siguiente argumento que recoge todo el análisis de precedentes realizado por la Corte, y que fue determinante para prohiar las posiciones de la primera y la segunda instancia:

(...) el pago debe ser asumido por una sola entidad, bien sea la administradora de pensiones o la de riesgos laborales, en razón a la indivisibilidad de la mesada pensional, pues no se previó una especie de concurrencia de orígenes de la pérdida de la capacidad laboral para que la asunción de las prestaciones fuera asumida en proporcionalidad a su origen.

Bajo este panorama, la Corte encuentra que el Tribunal no cometió los errores jurídicos endilgados por la censura, por cuanto justamente acogió el concepto de calificación integral, para sostener que ésta debía comprender los padecimientos de origen común y profesional, a fin de revisar cuál enfermedad fue determinante o si eran concurrentes cuál tenía mayor peso porcentual en la configuración de la invalidez (CSJ, SL4297 del 2021, pp. 13 - 18).

Para finalizar este capítulo, resulta importante fijar, a manera de resumen, algunos puntos importantes: **i)** el sistema general de seguridad social se creó, indistintamente, para cubrir contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte; **ii)** aunque el mundo jurídico reconoce dos clases de riesgos y de mundos —común y profesional—, en lo que podría llamarse el mundo de la vida es normal que una afectación a la salud responda a eventos surgidos tanto en espacios laborales como comunes; **iii)** la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene un criterio sobre la asunción de una pensión de

invalidez de origen mixto, donde su pago es imputable a una sola entidad, en tanto no prima la proporcionalidad en la composición de la invalidez, sino la patología más determinante porcentualmente; iv) según la Sentencia SL4297 del 2021, los conceptos clave para justificar tal posición, son los de integralidad e indivisibilidad.

## Flujos conceptuales de la Sentencia SL4297 de 2021. Encuentros y desencuentros

En el presente capítulo, se plantearán una serie de conceptos que resultan confrontados con la argumentación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia SL4297 de 2021, para así generar un ambiente alternativo donde sea viable justificar desde otra orilla, el tema de la asunción de una prestación económica de invalidez de origen mixto. Concretamente, se vincularán a la discusión, aquellos conceptos que hacen posible, en casos específicos, la inaplicación de la regla de indivisibilidad, así como aquellos que se enfocan en la garantía de una favorabilidad -en términos económicos, por ejemplo- para el afiliado de cara a la cuantía de su mesada pensional.

Si se promete desnudar una contradicción conceptual que yace en el interior de la problemática, esto no es más que prometer un análisis dialógico y discursivo serio de algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia. Es válido, también, acompañar esta premisa con las palabras de Foucault (2002), en su obra *La arqueología del saber*:

El discurso es el camino de una contradicción a otra: si da lugar a las que se ven, es porque obedece a la que oculta. Analizar el discurso es hacer desaparecer y reaparecer las contradicciones; es mostrar el juego que en él llevan a cabo; es manifestar cómo puede expresarlas, darles cuerpo, o prestarles una fugitiva apariencia (p. 254).

Resulta difícil cuestionar que el proceso judicial es un escenario dialéctico, es decir, de confrontación discursiva, de sucesivas tesis y antítesis, de contraposiciones argumentativas que buscan restituir un tejido social. Sin embargo, un fantasma que recorre el fenómeno de la contradicción discursiva es el de la seguridad jurídica, en tanto asume una postura refractaria de cualquier movimiento intelectual abrupto, so pretexto de impedir la *previsibilidad* de las decisiones, o la *armonización* de los criterios.

Este trabajo pretende desmarcarse de ese prejuicio. Las contradicciones conceptuales no son una enfermedad del discurso, del argumento o del criterio



interpretativo, sino la mera expresión de un examen riguroso, de un proceso que sufre tensiones internas para conseguir una restauración y adecuación con las formas vigentes de relacionamiento social, político y económico. Cuando se intuye la confrontación conceptual que hay en la Sentencia SL4297 de 2021, respecto de otras decisiones de la misma Corporación, lo que en verdad se intuye, es un proceso discursivo que se fractura, contrapone y regenera para lograr un cambio o una sólida forma de ver las cosas.

Piénsese el problema con Foucault: las contradicciones conceptuales que aparecen en el discurso de la Corte son porque obedecen a una contradicción oculta: aquella que emerge del sentido mismo del derecho, aquella que inserta la disciplina en una sucesión infinita de posibilidades. Revisar las vías contingentes de interpretación significa revisar las intenciones de fondo, es decir, la genuina vocación protectora de las normas que se aplican en cada caso concreto. Esta actividad es arqueológica, esta actividad desentraña un problema de fondo y da una nueva luz sobre la *ratio decidendi* que se señaló en el capítulo inicial.

Si se mira el concepto de indivisibilidad de la mesada pensional, no es difícil apreciar que ha sido objeto de interpretaciones divergentes o, que el mismo concepto, ocupa una dimensión significativa que varía según el caso que se estudie. Por su importancia, se transcribirá un aparte de la Sentencia CSJ SL, del 26 de junio de 2012, rad. No.38.614, que fue reiterada en la Sentencia SL4297 de 2021<sup>1\*</sup>, a propósito de la indivisibilidad de la mesada pensional en materia de pensión de invalidez de origen mixto:

(...) el principio que podría denominarse de indivisibilidad de la mesada pensional el cual si bien no está explícitamente consagrado en una norma expresa y específica, su existencia se desprende de varios supuestos normativos que proscriben cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago (...) (CSJ, SL4297 del 2021, p.16).

Obsérvese, que la Corte es clara al recordar que el legislador proscribió cualquier forma o fórmula que divida o prorratee una prestación económica causada en el Sistema General de Seguridad Social, por lo que bajo este contenido argumentativo, el principio de indivisibilidad consiste en un mandato que prohíbe,

---

<sup>1</sup> \* La variación en la forma de citar las sentencias se debe al cambio que la misma Corporación hizo sobre tal circunstancia. Así, por la diferencia en los años de su emisión -2012 y 2021-, se encuentran dos formas diferentes de referenciarlas: una, por el radicado del proceso y la fecha exacta en que fue dictada; otra, por el consecutivo interno de la providencia.

o limita, cualquier forma en la que una misma mesada pensional sea asumida por dos entidades. La interpretación del cuerpo colegiado parece, incluso, gramatical: indivisibilidad como lo que no se puede dividir. Se verá, en lo que sigue, si dicha indivisibilidad es una particularidad o un elemento esencial de la mesada o si, por el contrario, es un elemento contingente que tiende a evitar un perjuicio en el afiliado o en la entidad que asume el pago.

Ahora, reteniendo esa supuesta imposibilidad de dividir o *prorratear* una mesada pensional, es importante citar a la misma Sala de Casación, para entender el concepto de *pensión prorrateada* en el marco de una prestación reconocida bajo el Convenio Internacional entre el Gobierno de Colombia con el Reino de España, y para ello puede acudir a la Sentencia SL2666 del 2021 donde se encuentra lo siguiente:

(...) Se toma la pensión teórica, y se le aplica la proporción que resulte entre la densidad de cotizaciones realizada en Colombia, con la totalidad de los aportes hechos en ambos países. Al resultado, se le denomina «pensión prorrateada».

Una vez ambos estados han determinado de manera independiente los valores de las pensiones prorrateadas, el sistema de seguridad social en pensiones colombiano reconoce y abona la fracción de la prestación que sea más favorable al interesado, con independencia de lo resuelto sobre esta prestación en España (CSJ, SL2666 del 2021, p. 16).

Si el análisis se reduce a la norma o a la aplicación de reglas jurídicas, es evidente el primer contraargumento: son dos casos distintos, con dos normas distintas y que, incluso, involucra a dos autoridades distintas. Sin embargo, como se ha sostenido en el componente metodológico y en la propuesta argumentativa, lo que interesa es hacer un análisis de los conceptos, no de los criterios para la interpretación normativa y jurisprudencial. Si se mira al concepto, al fenómeno discursivo, se descubre que la indivisibilidad cambió sustancialmente: aparece una mesada pensional que se puede prorratear, se puede dividir. Las prorrateadas son asumidas por Colombia y España.

La Corte no reconoce en este caso, la existencia de dos mesadas pensionales, sino de una mesada pensional causada con aportes efectuados en dos países y que es susceptible de ser prorrateada. ¿Cuál es la importancia de este caso frente al concepto de indivisibilidad formulado por la Corte en la Sentencia que ocupa el centro del trabajo? La viabilidad que la Corte le da a esta opción desvirtúa la hipótesis de que la indivisibilidad sea un elemento de la esencia de la mesada

pensional, es decir, que por su naturaleza se hiciera imposible dividir la prestación sin que se menoscabe un derecho de los implicados en el trato obligacional.

La división es posible y, por ello, es válido preguntarse: ¿cuál es el sentido de la contradicción conceptual que aparece en los argumentos de la Corte? ¿Cuál es la forma más coherente de interpretar la indivisibilidad de la mesada pensional, en el marco de las garantías de los afiliados y de las entidades que participan en el Sistema General de Seguridad Social? En el tercer capítulo se intentará una aproximación a lo que serían posibles respuestas.

## **Aclaración conceptual de la indivisibilidad de la mesada pensional. Una alternativa a la asunción exclusiva de la pensión de invalidez de origen mixto**

Como lo sugiere el título de este capítulo, el concepto de indivisibilidad es asumido en el contexto jurídico como un *principio*. Tal designación, no es meramente formal o estilística, sino que tiene sensibles implicaciones en su forma de aplicarse a los casos concretos. Por ejemplo, en la disciplina jurídica se distingue entre reglas, como mandatos definitivos, y principios, como mandatos de optimización. Resulta iluminador este acercamiento que hace Alexy (2007):

(...) los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (p.459).

La diferencia que este filósofo del derecho hace entre reglas y principios resulta importante para el propósito del trabajo y, por eso, no sobra recordar también su definición de las reglas: “Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas” (Alexy, 2007, p.458).

Con el resultado del capítulo anterior, parece claro que el tratamiento que intentó darle la Corte al concepto de indivisibilidad en la Sentencia SL4297 del 2021 fue el de regla, pues, a pesar de su formulación, determinó que era imposible dividir la mesada pensional, elevando así a definitiva dicha categoría.

Sin embargo, si se analiza la hipótesis extraída de la Sentencia SL2666 del 2021, se encuentra una variación en el sentido del concepto, ubicándolo ahora como un verdadero principio. Con otras palabras, en la primera Sentencia, la Corte concluyó que la indivisibilidad proscribía cualquier posibilidad de división de la mesada pensional y, por ello, bajo las categorías de Alexy debe asumirse como una regla; por el contrario, en la segunda decisión revisada, al permitirse el prorrateo de una sola mesada pensional, la Corte consideró la indivisibilidad como un principio y, por ende, su aplicación se da en términos de grados que se sujetan a cada caso particular.

Al advertir esto, se halla un posible sentido de la contradicción conceptual examinada en los criterios de la Corte: la contradicción se posibilita al ocultarse otra, específicamente aquella contradicción interna que se da en el sentido de las reglas y los principios. La Corte varía el horizonte de comprensión del concepto de indivisibilidad, pero en la base se juega una disposición anímica e intelectual que tiende hacia la determinación definitiva de si se está ante una regla o un principio. El discurrir de la Corte en términos de *principio* no es baladí: contiene una aceptación explícita de que es la postura más coherente en relación con las garantías de los involucrados en el Sistema General de Seguridad Social.

De hecho, asumir esa naturaleza frente a la cuestión de la indivisibilidad, también vincula el principio de favorabilidad, entendido como una garantía que debe aplicarse en el mayor grado posible en cada situación jurídica, imponiendo tomar la decisión interpretativa más favorable al trabajador, afiliado o pensionado al momento de reconocer un derecho. Si se corresponden ambos principios, por vía de la favorabilidad, debería posibilitarse el prorrateo o división de la mesada pensional cuando esto beneficie al afiliado, en el entendido de que ambos son mandatos de optimización y no definitivos, esto es, que permiten la gradualidad en su aplicación a cada caso.

En los eventos de pensión de invalidez de origen mixto, no puede pasarse por alto que los montos reconocidos en una mesada pensional de invalidez de origen laboral y una de origen común, varían drásticamente, siendo en el primer evento, un monto del 100% sobre los ingresos del trabajador y, en el otro, un porcentaje que varía dependiendo de la densidad de semanas cotizadas por el afiliado. Entonces, al no existir una fuente legal que se ocupe de este tipo de pensión -origen mixto-, la interpretación de las normas sobre indivisibilidad, cálculo y reconocimiento de una prestación económica de invalidez, deben inclinarse hacia la interpretación que más favorezca al afiliado.

La Sala de Casación Laboral, ha señalado sobre el principio de favorabilidad en su componente hermenéutico, que surge ante “una verdadera colisión interpretativa, con fundamento en dos o más interpretaciones firmes y bien fundamentadas, que ponen al Juez en un genuino dilema hermenéutico” (CSJ, SL3271 de 2021, p. 22). Se comprende, entonces, que el principio de favorabilidad, resuelve tensiones interpretativas y no situaciones de concurrencia de normas vigentes y aplicables, por lo que se muestra como el adecuado para valorar las posibles interpretaciones que circundan al concepto de la indivisibilidad de la mesada pensional.

Si se piensa el asunto bajo las luces de esos principios, existirán casos donde el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral ocurrido en el ambiente laboral, tornará el prorrateo de la mesada pensional como la alternativa más favorable para el entonces pensionado. Nótese, que la determinación del origen de la pérdida de capacidad laboral solo está siendo asumida por la Corte para asignar la responsabilidad exclusiva a una entidad, concretamente a aquella que asumió el determinado riesgo. Con otras palabras, el riesgo que incida en un mayor grado porcentual en la estructuración de la invalidez, será el que determine, bajo las reglas actuales, la entidad encargada del pago.

Empero, si se asumiera la regla de interpretación sobre la que se estructura, legal y jurisprudencialmente, la pensión prorata del Instrumento Internacional suscrito entre Colombia y España en materia de seguridad social, podría entenderse que, al margen del grado porcentual de pérdida de capacidad laboral ocurrido en cada riesgo, podría calcularse una mesada a prorata entre las entidades administradoras de riesgos laborales y aquellas administradoras de fondos de pensiones, donde cada una asuma un porcentaje de la mesada pensional de acuerdo con el grado de pérdida de capacidad laboral calificado y de acuerdo con el monto de la pensión que debió aplicar conforme a las reglas que rigen en cada asunto.

La pensión se compondría, en ese escenario, por un porcentaje reconocido por la ARL y liquidado sobre una mesada teórica del 100%, y un porcentaje reconocido por la AFP y liquidado sobre una mesada teórica con el porcentaje derivado de la densidad de semanas con la que cuente el afiliado. Esta fórmula de interpretación, que es hermenéuticamente sólida y se corresponde con la misma jurisprudencia de la Corte, también es protectora del principio de sostenibilidad fiscal con relación a las entidades que asumen el reconocimiento y pago de la mesada, pues, no impone la asunción de una prestación económica a una sola entidad pasando por alto la concurrencia de riesgos para los cuales se efectuó un aporte y se estableció un vínculo negocial de cobertura.

Quedó claro, con lo hasta aquí detallado, que el concepto de indivisibilidad de la mesada pensional es aplicado por la Corte bajo las categorías de Alexy, por cuanto se erige como mandato de optimización que permite su aplicación gradual, en mayor o menor intensidad, dependiendo del caso concreto que se estudie. Así, al no estar ante un mandato definitivo, como lo sugiere una primera lectura de la Sentencia SL4297 de 2021, es factible repensar la asunción de una prestación económica de invalidez de origen mixto, para abrir la posibilidad de una pensión prorrata derivada porcentualmente del grado de pérdida de capacidad laboral estructurado sobre cada riesgo, en orden a materializar en un mayor grado los principios de favorabilidad, frente al afiliado o pensionado, y de sostenibilidad financiera, frente a las entidades que asumen el pago.

## Conclusiones

- El sistema general de seguridad social se creó para cubrir contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte. Sin embargo, aunque el mundo jurídico reconoce dos clases de riesgos y de mundos -común y profesional-, en lo que podría llamarse el mundo de la vida, es normal que una afectación a la salud responda a eventos surgidos tanto en espacios laborales como comunes, siendo frecuente que se generen pensiones de invalidez de origen mixto. En consecuencia, aunque la Ley 100/93, así como las leyes posteriores en materia de Seguridad Social Integral procuraron la unificación del sistema de riesgos, se mantuvo cierta división respecto de aquellos riesgos que surgen en el ámbito laboral y, por ello, cuando en la calificación de una invalidez concurren afectaciones de orígenes común y laboral, se causan traumatismos en el sistema legal que deben ser resueltos en el contexto del proceso judicial.
- Según la Sentencia SL4297 del 2021, los conceptos clave para justificar la asunción de una prestación económica de invalidez por la entidad que cubre el riesgo que incidió en un mayor grado porcentual en la estructuración de la invalidez, consisten en los de integralidad e indivisibilidad de la mesada pensional. En ese orden, cuando a un individuo se le califica una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, generándose una invalidez, se debe identificar -según el criterio actual de la Corte- aquel riesgo que incidió en mayor grado en la estructuración de la invalidez, a fin de imputar el pago de la mesada pensional a un solo actor del SGSSI, bajo la égida de una indivisibilidad. Con otras palabras, no puede pensarse en la concurrencia de dos

entidades pagando una sola mesada pensional, pues, ello comportaría una división de la mesada y una transgresión del principio.

- Las contradicciones conceptuales, no son una enfermedad del discurso, del argumento o del criterio interpretativo, sino la mera expresión de un examen riguroso, de un proceso que sufre tensiones internas para conseguir una restauración y adecuación con las formas vigentes de relacionamiento social, político y económico. La confrontación conceptual que hay en la Sentencia SL4297 de 2021 respecto de otras decisiones de la misma Corporación, representa una intención de adecuar la posición jurisprudencial a la forma donde se garanticen de forma más intensa los derechos, principios y reglas que se aplican en el Sistema General de Seguridad Social. Si se asumen las reglas metodológicas de Foucault en la arqueología del saber para valorar el contenido de la Sentencia SL4297 de 2021, es posible realizar una *descripción* -no una hermenéutica- de la evolución de las reglas y principios confrontados y contrapuestos en el plano argumentativo desplegado por la Corte, respecto de otras Sentencias de la misma Corporación. Con esta descripción, y visibilizando la contradicción conceptual, puede señalarse el fundamento de cierta evolución conceptual que reconoce la fragilidad de la indivisibilidad de la mesada pensional y acoge, en virtud de principios de mayor valía, la posibilidad de una mesada con responsables concurrentes.
- Si se asume la indivisibilidad de la mesada pensional como un principio, bajo las categorías conceptuales de Robert Alexy, es posible repensar la asunción de una prestación económica de invalidez de origen mixto establecida en la Sentencia SL4297 de 2021, para abrir la posibilidad de una pensión prorrateada -o con concurrencia de responsables- derivada porcentualmente del grado de pérdida de capacidad laboral estructurado sobre cada riesgo, y calculado conforme a las reglas que rigen en cada materia -laboral y común-, en orden a materializar en un mayor grado los principios de favorabilidad, frente al afiliado o pensionado, y de sostenibilidad financiera, frente a las entidades que asumen el pago. La descripción arqueológica de los conceptos confrontados en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral nos demuestra, que no solo se reinterpreta el concepto de indivisibilidad, sino que se cambia su naturaleza, en tanto se transitó de una categorización de *regla* a una de *principio*, bajo el marco conceptual de Alexy. Esto permite, en últimas, la variabilidad de la aplicación del principio -mandato de optimización- según el caso concreto.

## Bibliografía

Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Trad. Espejo, Isabel y Atienza, Manuel, Palestra Editores, Lima, 2007.

Foucault, Michel. La arqueología del saber, trad. Garzón del Camino, Aurelio, Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4297 de 2021, M.P. Quiroz Alemán, Jorge Luis.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2666 de 2021, M.P. Dueñas Quevedo, Clara Cecilia.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3271 de 2021, M.P. Guarín Jurado, Carlos Arturo.



# Matching contributions: esquemas alternativos de protección económica para la población adulta mayor y su aplicación en Colombia

*David Esteban Rojas Segura<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Libre de Colombia; miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de esa misma casa de estudios; miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ILTRAS; coordinador y miembro de la sección colombiana de jóvenes juristas, de la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; miembro de la Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional CIELO, con sede en Santiago de Compostela (España); miembro de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario; miembro de número de la Sociedad Sudafricana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social-SASLAW; ex becario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, para cursar el curso-diplomado sobre el futuro del derecho del trabajo, en asociación con la Fundación Universitas; docente en pregrado y posgrados en derecho laboral de la Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá y de la Universidad Santo Tomás.



## Introducción

La cobertura del sistema de pensiones en Colombia, ha sido uno de los temas triviales a lo largo de los años, desde la puesta en marcha del sistema a mediados de los años cuarenta del siglo pasado. En un primer momento, la inclusión de los trabajadores al servicio del Estado a través de la Caja Nacional de Previsión Social, y posteriormente, con la creación del Instituto del Seguro Social y la puesta en marcha del sistema de pensiones en 1967, se expandió la cobertura del sistema a los trabajadores del sector privado de la economía.

Sin embargo, a raíz de los diferentes problemas de financiamiento y sostenibilidad de finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, se planteó una gran reforma estructural al sistema de seguridad social colombiano, que culminó con la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante la cual mantuvo vigencia el antiguo modelo de aseguramiento para la vejez, pero en forma combinada con un esquema de capitalización, imperante en el continente para ese momento. Dentro del proyecto de ley que se convertiría en el Estatuto de la Seguridad Social, se realizó un diagnóstico del sistema, encontrándose como uno de los problemas a resolver el de la cobertura, pues para 1992, entre un 17 y un 20% de la población, tenía acceso a la seguridad social<sup>12</sup>.

Una de las máximas de la nueva ley, era la de asegurar la anhelada universalidad, en la cual, no solamente se incluían en el sistema de pensiones a la población asalariada cotizante, sino también a aquella que históricamente había estado por fuera de una protección para la vejez, entre los que se encuentran deportistas, campesinos, pueblos originarios, madres cabeza de familia, entre otros.

Cerca de una década después de la gran reforma estructural de 1993, la materialización de la universalidad y la ampliación de la cobertura del sistema pensional,

---

1 COLOMBIA, Congreso de la República. Proyecto de Ley 155 de 1992 (Senado), *“por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad social”*.

2 ARENAS MONSALVE, Gerardo. Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Bogotá: Legis, 2018, p. 97.

no se había alcanzado<sup>3</sup>. Como una manera de encontrar solución al problema, y al fin cumplir la promesa de la cobertura, en Colombia se tomaron medidas legislativas que, desde el texto constitucional, han permitido la inclusión de mecanismos de contrapartida, inferiores al valor mínimo de una pensión, en los que se incentiva a las personas a construir de manera voluntaria, un ahorro para la protección de los riesgos derivados de la vejez. Tales mecanismos de contrapartida -conocidos como *matching contributions*- representan alternativas que, permiten la ampliación de los mecanismos de protección a la vejez, pero desde fuera del sistema pensional, que contiene reglas mucho más rígidas frente a densidad de cotizaciones, tiempo de permanencia y edad.

El presente artículo, tiene por objeto, exponer los elementos del sistema de seguridad social en Colombia, que se correlacionan con los *matching contributions* y representan contrapartidas para la inclusión de la población más vulnerable en el riesgo de vejez.

Para cumplir con su finalidad, en la primera parte de este texto, se realiza un análisis de la arquitectura del sistema de seguridad social en pensiones y las bases que motivaron la instauración de elementos de contrapartida; en la segunda, se exponen fundamentos, métodos y experiencias internacionales de los *matching contributions*; en la tercera, se relata la implementación de este mecanismo en nuestro país y sus dos modalidades —subsidio al aporte en pensión y beneficio económico periódico—, para luego, dar paso a unas breves conclusiones.

## La arquitectura del sistema de seguridad social en pensiones y la motivación de los *matching contributions*

Colombia, al igual que una decena de países de la región<sup>4</sup>, introdujo a comienzos de los años noventa, una reforma estructural al sistema de pensiones. La protección para la vejez, pasó de estar segmentada en dos grupos de trabajadores -sector público y sector privado-, y con una multiplicidad de regímenes especiales, para dar forma a un régimen que siguió, junto con Perú, un esquema paralelo de administración de la seguridad social.

---

3 ARIAS, Mauricio y MENDOZA, Juan Carlos. *Un modelo de simulación del régimen de ahorro individual con solidaridad en Colombia*. En: Reporte de estabilidad financiera, noviembre de 2009. Bogotá, D.C., ediciones del Banco de la República de Colombia.

4 En orden cronológico: Chile (1980), Perú (1992), Argentina (1994), Uruguay (1996), México, Venezuela y Bolivia (1997), El Salvador (1998) y Nicaragua (1999).

En el esquema paralelo, mediante la Ley 100 de 1993, el sistema pensional se reorganizó en dos regímenes coexistentes, pero excluyentes entre sí: el modelo clásico de reparto, se reencarnó en el régimen de prima media con prestación definida, y la gran novedad en cabeza de un régimen de ahorro individual con solidaridad.

El primero, correspondía a la administración del sistema pensional que se instauró desde 1967 con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, el cual, como rasgo característico, diseñó la protección a la vejez para los trabajadores en el modelo seguro social clásico, de administración pública, en el que el trabajador se jubila cumpliendo un tiempo (densidad de semanas), una edad determinada y una prestación para su vejez definida en la ley. Actualmente, el régimen es de administración estatal, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

El segundo, incorporó un esquema de capitalización individual, siguiendo el modelo chileno de pensión<sup>5</sup>, en el que el trabajador, deposita sus contribuciones mensuales en una cuenta de ahorro para la vejez, que es gestionada por una administradora de fondo de pensiones, de naturaleza privada, y entrega una pensión al trabajador cuando se cumple con un ahorro mínimo, que surge de la sumatoria de los aportes obligatorios realizados durante el período de acumulación, los rendimientos financieros, aportes voluntarios y bono pensional si se ha generado.

Como elemento diferenciador de las demás reformas que introdujeron componentes de capitalización individual en América Latina, se tiene que en Colombia, el trabajador tiene la posibilidad de escoger<sup>6</sup> entre uno u otro régimen de pensión, pudiendo permanecer en uno solo al mismo tiempo, por lo cual, la multifiliación se encuentra prohibida. La legislación permite el traslado entre regímenes pensionales desde el primer día de la puesta en marcha del sistema, sin embargo, a través de reformas -como la establecida en la Ley 797 de 2003- se endurecieron los requisitos, así, un trabajador afiliado en uno u otro régimen pensional, puede trasladarse permaneciendo durante cinco años en el régimen elegido, y hasta antes de que se cumplan diez años para alcanzar la edad de pensión (57 años para mujeres y 62 años para hombres).

---

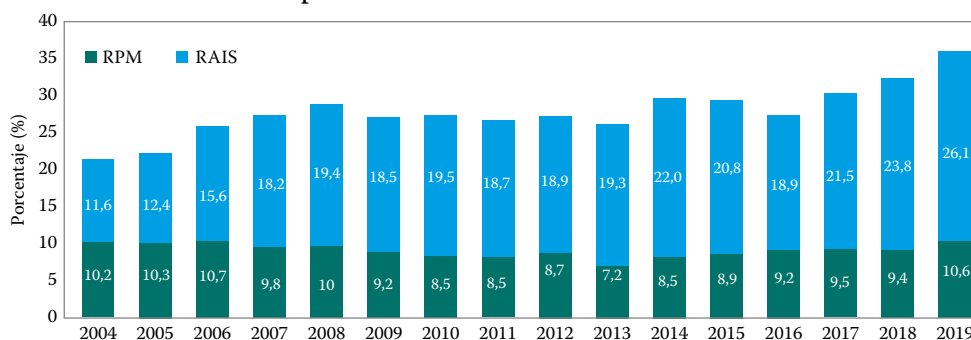
5 SANTOS CALDERÓN, Juan Manuel. Cómo se creó el sistema de capitalización en Colombia. En: *Economía & Sociedad*, noviembre 2016 - febrero 2017, p. 89.

6 ARENAS DE MESA, Alberto. Los sistemas de pensiones en la encrucijada, *desafíos para la sostenibilidad en América Latina*. Ediciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. Santiago, 2019, p. 57.

El modelo paralelo en materia pensional, permitió la incursión del sector privado en la administración de los ahorros pensionales. En su momento, uno de los argumentos nucleares fue que, la administración pública de las pensiones había sido insuficiente para universalizar la población colombiana dentro del sistema, por lo tanto, el legislador confió en que la creación de un régimen de ahorro individual en cabeza del sector privado, permitiría la ampliación de la cobertura pensional<sup>7</sup>; sin embargo, los resultados no fueron los esperados, pues la Ley 100 de 1993 y la posterior reforma de la Ley 797 de 2003, no resolvieron la crisis de la cobertura<sup>8</sup> y las cifras tomadas más de una década después de la puesta en marcha, no distaban mucho de las existentes antes de la reforma estructural de 1993<sup>9</sup>, de tal suerte que, 30 años más tarde, las promesas de universalización, siguen siendo un gran reto que tiene la sociedad colombiana, para que más adultos mayores, tengan una seguridad en el ingreso en la etapa final de la vida.

A continuación, se representa gráficamente la cobertura del sistema de pensiones. En el primer gráfico, se realiza una distinción en los dos regímenes pensionales; en el segundo, se agrupan los porcentajes de ambos regímenes, exponiendo las tasas de afiliación (puntos porcentuales), con relación a la población económicamente activa:

**Figura 1.** Cobertura del sistema contributivo en pensión con relación a la población económicamente activa



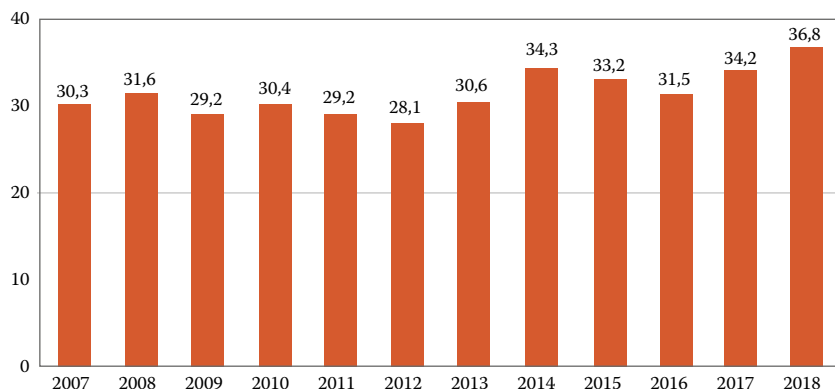
Fuente: elaborada por sus autores a partir de cifras del DANE, Superfinanciera y cálculos propios. Fuente: PARRA, Julián (coordinador), ARIAS, Fernando *et al* (2020).

7 ARIAS, Mauricio y MENDOZA, Juan Carlos. *Un modelo de simulación del régimen de ahorro individual con solidaridad en Colombia*. En: Reporte de estabilidad financiera, noviembre de 2009. Bogotá, D.C., ediciones del Banco de la República de Colombia, p. 4.

8 PARRA, Julián (coordinador), ARIAS, Fernando *et al*. *Sistema pensional colombiano: descripción, tendencias demográficas y análisis macroeconómico*. Bogotá, D.C., 2020, ediciones del Banco de la República de Colombia, pp. 7-8.

9 Óp cit.

**Figura2.** Cobertura del sistema pensional con relación a la población económicamente activa.



Elaborada por su autor a partir de cifras del DANE, Superfinanciera y DGRESS. Fuente: AZUERO ZÚNIGA, Francisco (2020).

La competencia entre los regímenes pensionales de reparto y capitalización individual, lejos de incentivar la expansión del sistema pensional en los niveles prometidos por la reforma de 1993, ha creado una desprotección en una amplia población de adultos mayores, brechas de género entre mujeres y hombres, y desigualdad en los ingresos.

Teniendo en cuenta la promesa incumplida frente a la cobertura, 10 años después de la vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, se comenzaron a plantear las primeras reformas paramétricas, enfocadas -en un primer momento- en ajustar la sostenibilidad financiera del sistema; en ese sentido, el debate se centró en aumentos de edad para alcanzar la pensión mínima, incremento progresivo de la densidad de las semanas en el sistema público, incrementos en los aportes, requisitos más rigurosos para acceder a prestaciones económicas por riesgos de invalidez y muerte, así como reglas para terminar el régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Debido al fracaso de algunas de las modificaciones propuestas al sistema, por cuenta de las sentencias de inconstitucionalidad<sup>10</sup> y el fallido intento de reforma a través del referendo de 2003, en el que se planteaban modificaciones desde

<sup>10</sup> Al respecto, ver la sentencia C-1056 de 2003, que declaró la inexecutable del artículo 18 de la Ley 797 de 2003, y la sentencia C-754 de 2004, que declaró la inexecutable del artículo 4 de la Ley 860 de 2003.

el texto constitucional al régimen de transición pensional<sup>11</sup>, el ejecutivo inició un ambicioso proyecto para insertar las modificaciones pretendidas en el texto constitucional, lo cual concluyó con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional.

En el segundo momento, una vez superada la cuestión del déficit fiscal del sistema, el debate pasó a centrarse en la ampliación de la cobertura, y la evaluación de las promesas incumplidas desde la promulgación de la Ley 100 de 1993 sobre la materia. Por ello, desde el debate que se dio en el trámite legislativo del Acto Legislativo 01 de 2005, se permitió la creación de beneficios periódicos inferiores al valor del salario mínimo para grupos vulnerables, cuando estas personas no logren cumplir los requisitos para acceder a una pensión de vejez, lo cual resultó —y sigue resultando— bastante polémico, al permitirse brindar prestaciones que no constituyen pensión a estos grupos, pero por otro lado, constituye una alternativa para brindar un recurso económico a adultos mayores que no son amparados por el sistema de pensiones.

## La brecha de cobertura: Elemento determinante para la introducción de los *matching contributions* en la seguridad social

El objetivo central de un sistema de seguridad social, es proporcionar una continuidad en el flujo económico de las personas durante su ciclo de vida, lo cual permite alejarles de la pobreza, especialmente en situaciones de la vida donde se es vulnerable. El paso del tiempo, y con ello la edad, constituyen una condición de fragilidad en la que las personas pueden caer de niveles aceptables de subsistencia al margen de pobreza con mayor rapidez que en otras etapas de la vida<sup>12</sup>.

A medida que la edad aumenta, los individuos tienden a salir del sistema laboral, bien sea porque las fuerzas del cuerpo ya no son las mismas para continuar desempeñando una actividad, o bien porque las dinámicas del sistema los expulsan a determinada edad, siendo mucho más complejo volverse a insertar en una actividad productiva y remunerada, lo cual trae como consecuencia la reducción de los ingresos, y por ende, el riesgo latente de caer en

---

<sup>11</sup> Ley 796 de 2003, artículo 1, propuesta 8, declarada inexecutable por la sentencia C-551 de 2003.

<sup>12</sup> WOOLF, Stuart. Los pobres en la Europa moderna. Traducción de Teresa Compodrán. Editorial crítica, Barcelona, 1989, p. 102.



pobreza. Por ello, resulta determinante brindar a los seres humanos la capacidad de disponer de bienes esenciales en general, lo cual resulta un elemento nuclear para garantizar una calidad de vida en la vejez<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta este panorama, desde tiempos de William Beveridge, los Estados se han preocupado por incluir dentro de sus políticas públicas, la protección económica a las personas de la tercera edad. Para ello, se han diseñado dos mecanismos principales: los sistemas de seguridad social y las pensiones sociales. Estos mecanismos, tienen criterios de selección de financiamiento y de elección de sus beneficiarios muy diferentes, los cuales han propiciado la brecha de cobertura.

En los sistemas de seguridad social clásicos, se pretendió reemplazar el salario que el trabajador devengaba en su período productivo con una prestación económica, con lo cual, su diseño partió de una concepción puramente contributiva. El financiamiento de este modelo, pende de contribuciones que se efectúan descontando una porción del salario del trabajador, por lo cual, el derecho a asegurar el riesgo de vejez, va a estar directamente relacionado con el volumen de contribuciones deducidas de sus salarios durante una densidad de tiempo, por lo general, expresados en años o semanas. Este modelo, fue diseñado a partir del esquema clásico de aseguramiento, en el que las contribuciones periódicas, hacen las veces de prima de un seguro, para asegurarse frente al riesgo de la pérdida o disminución de los ingresos en la etapa final de la vida.

Para brindar las prestaciones económicas, los modelos clásicos establecieron una edad promedio, en la cual se entiende que, un ser humano presenta dificultades para brindarse por sí mismo ingresos económicos fruto de su trabajo, pero además una fidelización, expresada en la acumulación de contribuciones (deducciones salariales) que los trabajadores deben aportar durante una densidad de tiempo, que puede ser en meses, semanas o años, de tal forma que, la fidelidad de contribuciones hechas en el tiempo, determinan no solo el acceso a una continuidad en el ingreso económico (pensión), sino también el monto de esa prestación.

En ese sentido, se puede decir que, los modelos clásicos de seguridad social no solamente adoptaron un esquema de financiamiento basado en las contribuciones de los trabajadores, sino que también, a partir de allí, determinó la

---

13 SÁNCHEZ, Pedro. Sociología de la vejez *versus* economía de la vejez. En: Papers, volumen 61 "Reflexiones sobre el cambio social, las desigualdades, la democracia y otras cuestiones teóricas". Madrid, 2000, pp. 39-88. Disponible en: <https://papers.uab.cat/issue/view/v61>

elegibilidad de los beneficiarios de una pensión<sup>14</sup>. Este mecanismo de administración y de selección de los beneficiarios, se encuentran inexorablemente ligados al terreno de los sistemas de relaciones laborales, y sus fluctuaciones, lo cual afecta la composición de los historiales laborales de los trabajadores y pueden afectar seriamente la inclusión de estos para recibir una pensión.

Cuando se estructuraron estos modelos, se idealizó un prototipo de población trabajadora que siempre iba a mantenerse constante en sus puestos de trabajo, por lo cual, se partió de la base que un trabajador afiliado, realizaría contribuciones sin solución de continuidad hasta alcanzar la edad para recibir la prestación de vejez. De acuerdo con Rafael Rofman y Laura Oliveri, en la lógica, en estos esquemas contributivos, se le compensa su ingreso en la vejez a quien tuvo fidelidad con el sistema —realizando aportes periódicos de sus salarios— de suerte que, no hay lugar a proporcionar pensiones de vejez a aquellas personas que no tenían salarios antes del retiro, ya que no existe una pérdida de ingresos que necesite compensarse<sup>15</sup>.

El focalizar la población a ser cubierta por los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta un criterio de selección contributivo, acentúa la falta de cobertura, ya que para el sistema, en sentido estricto, no se entra a considerar los períodos de desocupación en los que el trabajador no puede continuar realizando aportaciones, por lo que la fidelidad tiende a diluirse en el terreno de lo práctico. A ello se suma, las altas tasas de informalidad<sup>16</sup>, que hacen que para los trabajadores, resulte en iliquidez en el corto plazo, realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

En un sistema de protección a la vejez, basado en la contribución como modelo de funcionamiento, y sobre todo, como criterio de selección de los beneficiarios, resulta muy complejo, expandir la cobertura más allá de los trabajadores que laboran en la formalidad. Si bien el sistema de funcionamiento se basa en

---

14 ROFMAN, Rafael. Expandiendo la protección económica de los adultos mayores en América Latina. En: Más allá de las pensiones contributivas: *catorce experiencias en América Latina*. Banco Mundial, primera edición, Buenos Aires: 2013, p. 23.

15 ROFMAN, Rafael y OLIVERI, María Laura. Las políticas de protección social y su impacto en la distribución del ingreso en Argentina. Serie de documentos de trabajo sobre políticas sociales No. 6. Banco mundial, Buenos Aires, 2011, p. 10.

16 De acuerdo con la gran encuesta de hogares realizada por el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, a diciembre del 2023 la proporción de trabajadores ocupados en la informalidad fue del 55%. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social#:~:text=Para%20el%20total%20nacional%2C%20en,anterior%20\(57%2C6%25\)](https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social#:~:text=Para%20el%20total%20nacional%2C%20en,anterior%20(57%2C6%25).). Consultado el 12 de febrero de 2024.

los aportes, la efectividad para cumplir con los objetivos, depende exclusivamente de las fluctuaciones del sistema de relaciones laborales; en ese orden, el historial de cotizaciones, y en particular, la densidad de éstas, determinan la elegibilidad<sup>17</sup> de un trabajador como beneficiario de una pensión de vejez.

Por ende, las reformas realizadas al sistema en 1993 y en el año 2003, han sido insuficientes para poder ampliar significativamente la cobertura del sistema pensional. A ello se agrega, las reformas paramétricas realizadas décadas después de la puesta en marcha del esquema paralelo de pensiones, las cuales, como quedó mencionado en el capítulo anterior, hicieron más exigentes la densidad de aportes, incrementaron la edad, definieron la forma de calcular las contribuciones, y con ello, la modificación de las tasas de reemplazo y de recaudo, lo cual restringe el acceso a las pensiones, y por ende, en disminuir la cobertura a aquellos trabajadores que hubieran cumplido con los requisitos antes de las reformas.

Como se reseñó líneas atrás, el problema de la cobertura del sistema pensional, no pudo solucionarse con la reforma estructural realizada al sistema en 1993, ni con las sucesivas reformas paramétricas en los años 2003 y 2005; sin embargo, el acto Legislativo 01 del año 2005, dejó cimentadas las bases para la posterior inclusión de una tendencia mundial que tiende a ampliar la cobertura y garantizar protección de los ingresos en la vejez: los *matching contributions*.

La brecha de cobertura, es un problema que no solamente está presente en Colombia, sino también en diversos países alrededor del mundo<sup>18</sup>. La alta rigurosidad para cumplir con los requisitos para obtener una pensión –comúnmente atados a un empleo formal-, los bajos salarios que impiden cumplir con las expectativas de ahorro en los sistemas de capitalización individual, hacen necesario revisar las pautas que se siguen para focalizar los beneficios del sistema en la población económicamente activa, y a su vez, plantean retos en el sentido de incluir a la población que devenga su sustento desde la informalidad laboral.

El planteamiento de mecanismos diferenciales, focalizados a ampliar la cobertura de protección a la vejez, más allá del sistema de relacionales laborales formal, fue una preocupación que comenzó a estar en el centro de las discusiones del mundo académico y legislativo, luego de las reformas paramétricas que se instauraron para garantizar la sostenibilidad. Si bien, la Ley 100 de 1993 logró solucionar muchos de los inconvenientes que existían en vigencia del

---

<sup>17</sup> ROFMAN, Rafael, 2003, *Óp cit*, p. 14.

<sup>18</sup> BOSCH, Mariano *et al.* Diagnóstico del sistema previsional colombiano y opciones de reforma. Nota técnica del Banco Interamericano de Desarrollo BID, Washington D.C: 2015, págs. 8-9.

modelo de aseguramiento administrado por el entonces Instituto del Seguro Social y CAJANAL, los requisitos de elegibilidad no fueron cambiados, sino hasta casi veinte años después, lo cual resulta determinante para comprender la paupérrima cobertura que tienen los adultos mayores en Colombia, y la incidencia de la pobreza en la etapa final de la vida.

## Los *matching contributions*, generalidades, experiencias mundiales

Cuando las medidas legislativas tendientes a la estabilidad financiera del sistema se consolidaron, el legislador se interesó por la sostenibilidad social, esto es, se centró el foco de la discusión pensional en la expansión de la cobertura del sistema, el cual, para ese momento, quiso garantizar un ingreso económico para la vejez a aquella población trabajadora que por diferentes factores sociales, no logran estar incluidas dentro del sistema pensional contributivo.

Esta fue una preocupación que no solamente se dio en Colombia, sino en el mundo. En el año 2002, la Organización Internacional del Trabajo emitió un informe en el que invita a los Estados miembros a extender las prestaciones de la seguridad social a trabajadores y familias excluidas, proponiendo varios métodos como la promoción de microseguros, esquemas universales y la focalización de los beneficios y la población destinataria de éstos<sup>19</sup>.

En la región, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, con el ánimo de cerrar las brechas de la cobertura pensional, quiso proponer en la década de los 2000, una visión de la seguridad social desde un enfoque de derechos, en el cual, cada persona debía recibir una prestación económica periódica de parte del Estado, independientemente de si se realizaban aportes o no al sistema, como parte de un derecho a estar socialmente asegurado<sup>20</sup>, cuyo punto de inicio es la ciudadanía social:

“[...]el enfoque de derechos nace de la idea normativa de la sociedad de ciudadanos y de la igualdad. De hecho, siguiendo a Bobbio (1996), es posible argumentar que la lógica detrás de los derechos humanos a la

---

19 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Seguridad social: *un nuevo consenso*. Ginebra, 2002, p. 70.

20 CECCHINI, Simone y RICO, María Nieves. El enfoque de derechos en la protección social. En: FILGUERA, Fernando *et al* (editores). Instrumentos de protección social: *Caminos latinoamericanos hacia la universalización*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago: 2015, p. 332.

educación, la salud o el trabajo es eminentemente igualitaria, ya que los derechos económicos y sociales buscan reducir las desigualdades entre ricos y pobres y poner a un creciente número de personas en mejores condiciones en relación con los más aventajados. La plena titularidad de derechos sociales es, de este modo, el fundamento ético para avanzar por el camino de la igualdad, en la medida en que requiere de un pacto fiscal-tributario y de un Estado con vocación redistributiva a través de políticas universales y umbrales progresivos en las prestaciones. En este marco, estar socialmente protegido es consecuencia de un derecho básico de pertenencia a la sociedad, es decir, de participación e inclusión”<sup>21</sup>

Este enfoque novedoso, tiene un gran impacto en clave de reducción de la pobreza y la identificación de los individuos desde la materialización de un derecho a aseguramiento social universal, sin embargo, ha sido de difícil seguimiento por parte de los países de América Latina, dado su elevado costo fiscal.

En ese sentido, los esfuerzos se han centrado en adaptar elementos de los sistemas contributivos de seguridad social a la población que labora desde la informalidad, para de esta forma ir ampliando la cobertura.

Un gran número de países han tomado medidas para fomentar la participación de los trabajadores informales, dentro de esas medidas, destacan los incentivos económicos para afiliarse a programas voluntarios de contribuciones compartidas, mejor conocidos como *matching contributions*. Con esta medida, se fomenta no solo la participación en el esquema de la seguridad social, sino que se fomenta también la cultura del ahorro para la vejez.

Los *matching contributions*, en la práctica, han sido adoptados tanto por países de ingresos altos, como por países de ingresos medios y bajos en todo el mundo<sup>22</sup>. El esquema opera como cuentas individuales de ahorro, en las cuales, los trabajadores informales aportan de forma voluntaria, una porción de sus ingresos, y por cada fracción ahorrada, el empleador o el Estado retribuyen un porcentaje, a manera de incentivo, que ayuda a incrementar el ahorro.

El primer antecedente de este mecanismo alternativo, surgió en los Estados Unidos a finales de la década de los noventa con el “Plan de retiro 401(k)”.

---

21 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad, Santiago, 2006, p. 13.

22 ACUÑA, Rodrigo *et al.* Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. *Experiencias, lecciones y propuestas*. Tomo I. SURA Asset management. Santiago, 2015, p. 138.

El sistema de pensiones de los Estados Unidos se organiza sobre tres pilares: Un primer pilar de naturaleza pública, contributiva y de reparto, gestionado por la Administración Federal de la Seguridad Social (*Social Security Administration-SSA*); un segundo pilar, compuesto por planes voluntarios de ahorro individual y; un tercer pilar, conformado por planes de pensiones ofrecidos por los empleadores. En la práctica, el pilar de reparto proporciona una pensión básica, por lo general de valor inferior, el cual, el trabajador debe ir complementando con planes voluntarios.

Con el plan de retiro 401(k), los trabajadores, de acuerdo a su elección, cotizan mínimo un 3% y máximo un 6% de sus salarios. En contrapartida, los empleadores realizan aportaciones del 100% sobre el primer 1% realizado por cada trabajador inscrito en el plan. Como incentivo, el gobierno federal otorga a los empleadores un descuento sobre el impuesto de rentas, por los aportes realizados en las cuentas individuales a los trabajadores afiliados al retiro 401(k)<sup>23</sup>. Por su naturaleza, este programa funciona únicamente para aquellos trabajadores por cuenta ajena, es decir, aquellos que mantienen una vinculación laboral con una empresa; los trabajadores independientes o por cuenta propia, no pueden formar parte de este programa<sup>24</sup>, ya que para ellos, el sistema ofrece la posibilidad de contratar planes de ahorro individual para el retiro.

En los Estados Unidos, a través de las contrapartidas, se benefician los trabajadores que ven incrementados sus ahorros, y por ende, se mejora el monto de las pensiones en el retiro, pero por otro lado, también constituye un incentivo al empleador a realizar contribuciones por fuera de las obligatorias para con sus trabajadores, para de esa manera, obtener beneficios tributarios.

Alemania en el año 2002, introdujo planes de contribuciones de contrapartida que permitieron la amplificación de la cobertura en el sistema de seguridad social<sup>25</sup>. El incremento de la participación de los trabajadores de más bajos ingresos, comenzó con la introducción del *Plan Riester*; en él, los trabajadores cotizantes deben aportar al menos el 4% de todos sus ingresos en una anualidad, con una contribución mínima de 60 hasta 120 euros; y el gobierno otorgará, a modo de contrapartida directa para el trabajador, subsidios que, a partir del

---

23 VILLAR GÓMEZ, Leonardo. Características de un sistema pensional multipilar aplicado en el contexto colombiano. Bogotá, D.C, 2017, ediciones Fedesarrollo, p. 80.

24 ACUÑA, Rodrigo *et al.* Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. *Experiencias, lecciones y propuestas*. Tomo II. SURA *Asset management*. Santiago, 2015, p. 475.

25 El plan Riester pasó de tener 5% de beneficiarios en el 2022, a 34% en el año 2016, según estimaciones de la OCDE.

año 2008, oscilan en los 154 euros. Los subsidios dependerán de unos topes de aportación definidos por el gobierno, así como la composición del grupo familiar, ya que si se trata de familias unipersonales, el subsidio disminuye, y si el trabajador tiene hijos, el subsidio se incrementa, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

**Figura 3.** Subsidios del plan *Riester* en Alemania.

Plan de pensiones Riester en Alemania	
Monto del subsidio (euros)	Focalización
154	Familias unipersonales, personas solteras
308	Pareja de trabajadores casados (cada cónyuge debe estar afiliado a su propio plan)
185	En favor de las familias de trabajadores casados, por cada hijo habido en la unión antes de 2008
300	En favor de las familias de trabajadores casados, por cada hijo habido en la unión después de 2008

Fuente: Elaboración propia a partir de datos presentados en el informe OECD *Pensions Outlook* (2012)

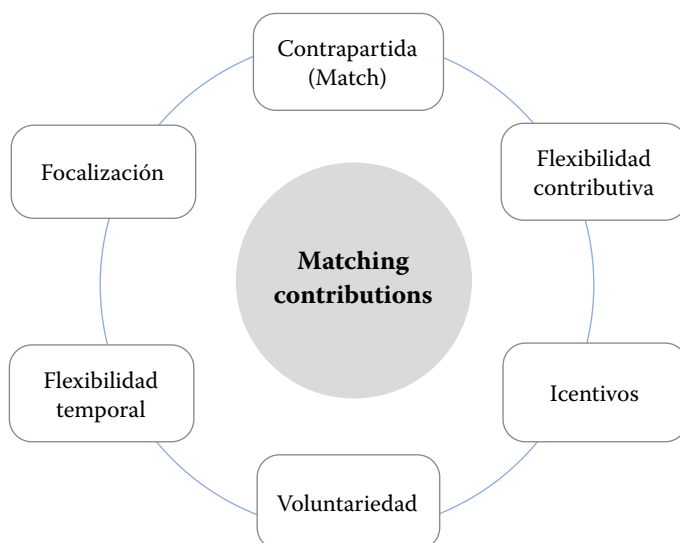
De las experiencias en la implementación de los programas de contribuciones de contrapartida para extender la cobertura del sistema de seguridad social, es importante precisar, que estos programas deben hacer un esfuerzo en educar financieramente a la población objeto. Desde tiempos de los inicios de los sistemas de seguridad social, se ha tenido una concepción paternalista, ya que, al ser la previsión para la vejez, un evento futuro que se tiende a ver como lejano, las prioridades del sector trabajador se enfocan en la liquidez del presente, teniendo los ahorros para el final de la vida como un gasto, y por tal motivo, no se encuentran incentivos de ahorrar para dicha contingencia. Es por esto que, los planes contributivos adoptaron desde el modelo de *Bismarck*, el principio de obligatoriedad en las afiliaciones.

Sin embargo, los planes de contribuciones de contrapartida, no pueden implementar la obligatoriedad de la afiliación, ya que el eje central es permitir las contribuciones en montos flexibles, con periodicidades igualmente flexibles, que juegan un papel determinante para motivar a nuevos trabajadores del sector informal a afiliarse a los planes. Una determinación en sentido contrario, esto es, que imponga la afiliación al sector informal, quebraría la viga maestra de los incentivos y empujaría a esa población a la desprotección social, pues, como se ha reiterado, es justamente la combinación entre requisitos pétreos de

los sistemas contributivos y las altas tasas de informalidad, el caldo de cultivo que ha impedido la expansión de la cobertura pensional en casi cuatro décadas de intentos y reformas.

Teniendo en cuenta las experiencias de Estados Unidos y de Alemania en la implementación de elementos de contrapartida, es posible inferir, que los *matching contributions*, presentan el siguiente esquema general, como se pasa a detallar a continuación:

**Figura 4.** Elementos definitorios de los *matching contributions*.



Elaboración propia.

- **Flexibilidad temporal o de fidelización:** A diferencia de los esquemas contributivos de pensiones clásicos, el derecho a una prestación económica lo otorga la contribución periódica durante una densidad de tiempo que comúnmente se expresa en años de aportes. Los sistemas de contrapartida, flexibilizan los requisitos temporales, ya que el trabajador no necesariamente debe realizar contribuciones con las frecuencias tradicionales. De esta manera, se le permite al trabajador realizar las aportaciones en los momentos que tenga liquidez y pueda cumplir con la contribución, sin que se le exija cada mes una contribución obligatoria.
- **Flexibilidad contributiva:** Elemento estrechamente vinculado a la flexibilidad temporal. La flexibilidad contributiva dista de ser una carga impositiva sobre los ingresos del trabajador, como tradicionalmente se lleva a cabo en



los sistemas contributivos de pensiones. En estos sistemas, el trabajador debe destinar un porcentaje obligatorio de su salario con fines de la previsión social. En las contribuciones de contrapartida el trabajador tiene la libertad de fijar ese porcentaje, pero es común que los marcos jurídicos de determinados países otorguen ese margen de elección dentro de unos límites mínimos y máximos. Con esta flexibilización contributiva, los *matching* contributivos otorgan liquidez inmediata al trabajador, especialmente al que labora desde la informalidad, y por otro lado, promueven el ahorro para la vejez.

Es deseable que los elementos flexibles se acompañen de campañas de educación en el ahorro pensional, pues allí, junto con los incentivos y contrapartidas, radica el éxito de estos esquemas.

- **Contrapartida:** Se puede decir que, junto con la flexibilidad, las contrapartidas constituyen los elementos nucleares de los *matching contributions*. Las contrapartidas son contribuciones que realizan, por lo general, los empleadores o el Estado sobre las contribuciones realizadas al mecanismo por los trabajadores. Estas contrapartidas siguen la lógica *quid pro quo*, y por tanto, es común que por cada cierto monto aportado por el trabajador, la contrapartida recibida represente un porcentaje de incremento, lo cual aumenta las reservas depositadas en las cuentas individuales de ahorro, permitiendo obtener beneficios más altos. Las contrapartidas también son otorgadas en porcentajes, en razón a cada hijo que el trabajador conciba.
- **Incentivos:** Son elementos que representan un beneficio para el cotizante, y por ende, lo incentivan a realizar las contribuciones en el esquema. Los incentivos se expresan a menudo en los porcentajes de las contrapartidas, pero también en diferentes estrategias como el otorgamiento de microseguros de vida o contra calamidades de salud. En algunos países, se permite a los trabajadores destinar una porción de los recursos ahorrados para eventos irresistibles, como el fallecimiento de un miembro del núcleo familiar, o para adquisición de vivienda.

Experiencias de países de ingreso medio como Chile, han evidenciado que los trabajadores se sienten más incentivados a ahorrar en planes de contribuciones de contrapartida, cuando pueden disponer de ese ahorro para adquirir vivienda, servicios de salud o educación para sí mismo o para miembros de su grupo familiar más cercano.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> FUENTES, Eduardo. Icentivando la cotización voluntaria de los trabajadores independientes: Una aproximación a partir del caso de Chile. *Working paper. Economig research departmen* BBVA, No. 10/11. Santiago, 2010, pp. 21-22.

- **Voluntariedad:** Permiten la inclusión de aquella población que no han tenido la posibilidad de ingresar a los sistemas contributivos por su rigidez y por sus requisitos. La voluntariedad de elegir un programa de contrapartida por los trabajadores y personas vulnerables, permite que estos grupos, se encuentren cubiertos para prestaciones económicas en la vejez, al tiempo que posibilita la realización de contribuciones por montos inferiores a los definidos para los cotizantes en sistemas de pensiones contributivas y en los períodos de elección del trabajador.
- **Focalización:** Constituye el modo de elección de los beneficiarios del esquema de contribuciones de contrapartidas. En algunos países, la población elegible son los trabajadores formales de menores ingresos que realizan aportaciones a los pilares básicos de los sistemas contributivos. En los países de menores ingresos, la población objeto del mecanismo con los trabajadores que laboran desde ámbitos informales, los cuales no cuentan con los ingresos suficientes para asegurar los recursos y aportes que les permitan cubrir los riesgos de la vejez. En los programas de *matching contributions*, dada su naturaleza de contrapartidas, siempre la población objeto debe estar en la capacidad de realizar aportaciones -periódicas o esporádicas- puesto que los incentivos otorgados compensan en esfuerzo al trabajador en los períodos de acumulación.

Definidos los elementos característicos de los planes de contrapartida, se puede concluir que los *matching contributions* no son pensiones sociales, ya que se requiere el esfuerzo contributivo del trabajador, para poder materializar los incentivos del esquema. En estos modelos, el trabajador realiza contribuciones por fuera de las obligatorias y con requisitos más flexibles, por lo cual, existe una parte que éste desembolsa para la protección de la vejez, y el sistema impulsa ese aporte a través de la contrapartida, que siempre estará encaminado a incrementar la base del ahorro del trabajador.

## **Matching contributions en el sistema de seguridad social colombiano**

Los *matching contributions*, ya han sido desarrollados y puestos en marcha en el sistema de seguridad social colombiano. La Ley 100 de 1993, fundó el primer vestigio de lo que se acompasa con contribuciones de contrapartida, cuando en el artículo 25 se creó el fondo de solidaridad pensional, el cual, posteriormente

fue organizado y fortalecido en su financiación mediante la Ley 797 de 2003, dando como resultado el programa de subsidio al aporte en pensión-PSAP.

El segundo gran elemento de los *matching contributions*, y el más conocido entre la población, es el programa de Beneficios Económicos Periódicos, creado en la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2005.

## **1) El fondo de solidaridad pensional y el programa de subsidio al aporte en pensión - PSAP**

Con la finalidad de poder extender la cobertura en pensiones dentro del modelo contributivo, en la Ley 100 de 1993, se creó un Fondo de Solidaridad Pensional (artículos 25 a 30), en virtud del cual, brindar un subsidio a la cotización obligatoria en pensión de trabajadores dependientes o independientes de las áreas urbanas y rurales que se identificaron como vulnerables, entre los que se encuentran, los artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros, mujeres microempresarias, madres comunitarias, personas en condición de discapacidad (conforme la redacción original de la norma) física, síquica o sensorial, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y de otras formas asociativas de producción. Posteriormente, se agregaron a este grupo de población, los desempleados, los concejales y ediles de los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría.

El fondo de solidaridad pensional, básicamente subsidia a la población objeto, el aporte en pensión en la proporción que le correspondería al empleador, el resto del monto de la cotización, debe aportarlo el trabajador.

Las reglas para el otorgamiento del aporte, se encuentran en el artículo 13 del Decreto 3771 de 2007, modificado en el artículo 1 del Decreto 4944 de 2009:

- Tener cotizaciones 500 semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen pensional al que pertenezca el beneficiario.
- Tener más de 55 años, si el trabajador se encuentra afiliado en Colpensiones.
- Tener más de 58 años si el trabajador se encuentra afiliado en el Régimen de Ahorro Individual, siempre que no cuente con el capital suficiente para financiar una pensión mínima.
- Tener menos de 65 años en todos los eventos.
- Estar afiliado al sistema de salud

El Decreto 387 de 2018, adicionó unas reglas para ampliar la cobertura a nuevos beneficiarios del subsidio, por tanto, existen nuevos grupos poblacionales a los que se les aplica unos criterios de selección diferentes a los anteriores:

1. Personas entre 18 y 40 años pertenecientes a los niveles A, B o C de SISBEN, deben tener como mínimo 650 semanas aportadas.
2. Concejales de los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, mayores de 18 años y menores de 65 años, el subsidio se les otorgará únicamente durante el período para el cual fueron electos.
3. Ediles que no perciban ingresos superiores a un salario mínimo. Estarán cubiertos por el subsidio en las mismas condiciones que los concejales.
4. Madres sustitutas, mayores de 18 años y menores de 65 años
5. Personas en condición de discapacidad, mayores de 18 años y menores de 65 años

El programa de subsidio al aporte en pensión tiene una naturaleza temporal, en el que el tiempo máximo de aportes a subsidiar será de 650 semanas<sup>27</sup>. En todos los eventos, el subsidio finalizará cuando se cumpla una de las siguientes condiciones<sup>28</sup>:

- i. Cuando cese la obligación de cotizar, ya sea porque el reunió los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o porque se pensionó por invalidez o de forma anticipada.
- ii. Cuando se cumpla el período máximo establecido para el otorgamiento del subsidio, esto es, de 650 semanas.
- iii. Cuando el trabajador, sin importar el género, cumpla 65 años (29 de la Ley 100 de 1993).
- iv. Cuando el trabajador adquiera capacidad de pago para pagar la totalidad del aporte a pensión. Este requisito está ligado con la inclusión del trabajador en el sistema de relaciones laborales formal.
- v. Cuando el trabajador se desafilie del sistema de salud
- vi. Cuando deje de aportar durante seis meses continuos el aporte que le corresponde en razón al subsidio.

---

<sup>27</sup> De acuerdo con el artículo 28 del Decreto 3771 de 2007, modificado pro el Decreto 4944 de 2009 y el Documento CONPES 3605 de 2009.

<sup>28</sup> Artículo 24, Decreto 3771 de 2007.

Esta última es quizá, una de las causales de pérdida del subsidio más severas, ya que el programa castiga la falta de recursos del aportante por más de seis meses, lo cual, no es un suceso descabellado en la realidad de muchos trabajadores. Cuando se incumpla con el pago del aporte durante este lapso, nuevamente podrá volver a solicitar la reincorporación al programa, pero pasados 6 meses desde la suspensión.

De acuerdo a la focalización de la población del programa PSAP, se puede decir, que responde a los elementos fundamentales del sistema de contribuciones de contrapartida o *matching contributions*, pues el Estado en este caso, ofrece como contrapartida, que retribuye los esfuerzos económicos del afiliado, completar una porción de la cotización, lo cual tiene efectos de inclusión dentro del sistema de seguridad social.

Es destacable la labor que se ha hecho en los últimos años por iniciativa gubernamental, en el sentido de conectar el subsidio al aporte en pensión con el mecanismo BEPS, ya que se permite a las personas que algunas vez participaron en el PSAP, trasladar el 100% de dicho subsidio<sup>29</sup>.

En el año 2003, a través de la Ley 797, se organizó financieramente el Fondo de Solidaridad Pensional en dos subcuentas: una de solidaridad y otra de subsistencia<sup>30</sup>.

*Subcuenta de solidaridad:* Los fondos de esta subcuenta, se utilizan para financiar los objetivos iniciales del Fondo de Solidaridad Pensional, esto es, el subsidio al aporte en pensión, con las condiciones y grupos poblacionales ya enunciados.

*Subcuenta de subsistencia:* Creada en la Ley 797 de 2003, con el objetivo de proteger a los adultos mayores en condiciones de pobreza extrema; posteriormente, mediante la Ley 1450 de 2011 artículo 164, se amplió la cobertura a las personas que dejaron de ser madres comunitarias.

A través de la subcuenta de subsistencia, se financia el programa de pensiones no contributivas, o pensiones sociales, conocido como Programa de Protección Social al Adulto Mayor “Colombia Mayor”, en el cual, el Estado otorga subsidios en dos modalidades: i) Un subsidio económico directo a la población adulta mayor en condiciones extremas de vulnerabilidad económica, que no cuentan con ingresos mínimos ni con una pensión contributiva. Una de las principales críticas a este programa, es el bajo monto de las prestaciones económicas, el

---

<sup>29</sup> Artículo 212, Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto 387 de 2018, artículo 2.2.14.5.6.

<sup>30</sup> Para conocer a detalle los métodos de financiación de cada subcuenta, revisar el artículo 8 de la Ley 797 de 2003.

cual para el año 2024, equivale a un poco más de \$20 USD aproximadamente, que se paga a los beneficiarios de forma mensual. Este monto, equivale aproximadamente al 58% de la línea de pobreza extrema y al 6% del salario mínimo mensual legal vigente ii) Un subsidio económico indirecto que se entrega a los centros de bienestar del adulto mayor, en los que se proporciona alojamiento, alimentación, vestuario y recreación, a aquellos adultos mayores que se encuentran en situación de abandono.

Para ser beneficiario al programa Colombia mayor<sup>31</sup>, deben cumplirse los siguientes requisitos: i) Ser colombiano; ii) Tener menos de tres años para cumplir la edad de pensión del régimen de prima media, esto es, tener 54 años para mujeres o 59 años para hombres, iii) haber residido en el territorio nacional durante los 10 últimos años antes de solicitar el subsidio; iv) Estar clasificado en los niveles A, B o C de la encuesta SISBEN.

Este sistema de pensiones no contributivas, representa un alivio a la situación de pobreza que viven los adultos mayores en situaciones de vulnerabilidad extrema, el cual tiene muchos retos para incentivar la cobertura, entre los que destacan los bajos subsidios directos y las altas edades que se exigen para acceder al programa<sup>32</sup>.

Este programa, constituye la materialización del principio de solidaridad de la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, pero no puede enmarcarse dentro del sistema *matching contributions*, al constituir prestaciones directas brindadas por el Estado, pues no cuentan con contribuciones realizadas por sus beneficiarios, y por tanto, no existe contrapartidas.

## Programa de beneficios económicos periódicos - BEPS

El Acto Legislativo 01 de 2005, introdujo diversas modificaciones al sistema de seguridad social. Algunas, quedaron enunciadas en el primer capítulo; una de esas modificaciones, se relaciona con el límite mínimo y máximo de las pensiones, las cuales no pueden ser inferiores al valor del salario mínimo mensual legal vigente, ni superior a 25 salarios mínimos.

---

<sup>31</sup> Decreto 3771 de 2007, artículo 30.

<sup>32</sup> VILLAR, Leonardo *et al.* El pilar no contributivo y su rol en el sistema de protección a la vejez: Colombia mayor. Working paper No. 78, 2020-02. Bogotá, D.C., Fedesarrollo, 2020, pp. 28-29.

Dicha normativa, permitió la introducción en el sistema de seguridad social, de beneficios económicos periódicos, cuya cuantía debe ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, dirigidos a personas de escasos recursos que no han logrado cumplir con los requisitos para acceder a una pensión, en el régimen de prima media o en el de ahorro individual.

Con la Ley 1328 de 2009 (artículo 87), el mecanismo fue formalizado dentro del Sistema de Seguridad Social, ubicándole dentro de los Servicios Sociales Complementarios. Sin embargo, no fue hasta el año 2013, cuando mediante el Decreto 604, se organizó la administración, requisitos, financiamiento y beneficios que otorgaría el programa, de acuerdo con los lineamientos trazados por el documento Conpes social 156 de 2012. El mecanismo comenzó operaciones oficialmente en julio del año 2015.

En dicho documento Conpes, se define el mecanismo como un “mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez”<sup>33</sup>. De tal forma, los beneficios económicos periódicos, constituyen un mecanismo de protección a la vejez, alternativo al sistema de pensiones, que de forma flexible, permite a sus afiliados acceder a un ingreso económico para la vejez, que en todo caso, no podrá ser superior al valor de una pensión mínima del sistema general de pensiones. El mecanismo es de administración pública, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, que debe gestionar los recursos en una cuenta independiente y autónoma de los recursos del régimen pensional de prima media con prestación definida.

De acuerdo con Arenas Monsalve<sup>34</sup>, la lectura del enunciado constitucional, ofrece las siguientes características de los beneficios económicos periódicos:

- Los BEPS, no constituyen pensiones, sino beneficios especiales del sistema de seguridad social. Esto es así, ya que por su naturaleza, al ser su cuantía inferior a un salario mínimo, no clasifican como pensión, por tanto, no se ofertan desde el Sistema de Pensiones, sino desde el Sistema de Servicios Sociales Complementarios del Sistema de Seguridad social.
- Pueden ser inferiores al salario mínimo, lo cual los diferencia sustancialmente de las pensiones contributivas, cuyo monto no puede ser inferior al salario mínimo.

---

<sup>33</sup> COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes social No. 156. Bogotá, D.C., 2012, p. 6.

<sup>34</sup> ARENAS MONSALVE, Gerardo. Óp cit., p. 424.

- Los destinatarios de los beneficios son únicamente las personas con escasos recursos económicos
- Desde su concepción en el Acto Legislativo 01 de 2005, son una solución alternativa, en cuanto al ingreso económico, para aquellas personas que en su época productiva, no lograron consolidar los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

### *Flexibilización y condiciones de los aportes*

La participación en los beneficios económicos periódicos es absolutamente flexible, en la periodicidad de los aportes y en su cuantía (artículo 4, Decreto 640 de 2013). Cada afiliado al mecanismo, posee una cuenta individual en la cual deposita sus ahorros. Las cuentas individuales, se contabilizan dentro de un fondo común administrado por Colpensiones, y mediante inversiones en el mercado de capitales, genera rendimientos financieros que acrecientan ese capital, siguiendo el método del interés compuesto.

Siguiendo el esquema flexible, el afiliado puede realizar sus aportes en cualquier tiempo, y en la cuantía que este voluntariamente determine; en todo caso, los aportes realizados en un año, no pueden ser superiores al límite máximo que en cada anualidad debe establecer la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos del Ministerio del Trabajo<sup>35</sup>. Si antes de finalizar el año, el afiliado ha alcanzado el límite máximo, el excedente se abonará para la siguiente anualidad.

Debido a la articulación que posee el mecanismo con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, una persona no puede contribuir simultáneamente al sistema pensional y a los beneficios económicos periódicos, aunque sí puede estar afiliado en ambos sistemas.

Los aportes pueden ser realizados por los beneficiarios, o por terceras personas a nombre de ellos, a través de redes de recaudo de bajo valor. Con esta medida, se quiere que en cualquier parte del territorio nacional donde existen estas redes, los afiliados puedan realizar las contribuciones, por lo general, muy cerca de sus ámbitos laborales o residenciales, sin tener que desplazarse a entidades financieras.

---

<sup>35</sup> Decreto 604 de 2013, artículo 4, inciso 2.



### Contrapartidas e incentivos adicionales

El sistema de contrapartidas del mecanismo BEPS, se da a través de transferencias estatales, que se efectúan al finalizar el período de acumulación.

La contrapartida, guarda relación con el ahorro realizado por el trabajador durante su vinculación, por eso su cálculo se hace anualmente y de forma individual. La contrapartida, denominada como “subsidio periódico” en la legislación (artículo 6, Decreto 604 de 2013), equivale al veinte por ciento (20%) del aporte total realizado por el afiliado, durante el período de acumulación, de tal forma que, a modo de ilustración como lo establece la norma:

*“[...] por cada cien pesos (\$100) que una persona aporte en el respectivo año, le corresponderán veinte pesos (\$20) adicionales considerados como el subsidio periódico que otorga el Estado”<sup>36</sup>.*

Este subsidio, se otorga sobre los aportes insolutos del trabajador, sin contar los rendimientos financieros generados.

El gran incentivo del beneficio, es la contrapartida estatal; sin embargo, con el ánimo de generar fidelidad entre los aportantes, el mecanismo reconoce otros incentivos denominados aleatorios, los cuales facilitan el acceso a los beneficiarios a microseguros de vida en favor de sus herederos, el deber de la administradora de mantener el poder adquisitivo de los aportes -a través de rendimiento financieros- y la gestión gratuita de la administración del mecanismo, es decir, que el Estado asume los costos de administración, sin que estos se le trasladen al usuario, como ocurre en el régimen pensional de ahorro individual. Para acceder a los microseguros, se requiere una fidelidad de mínimo, 6 aportes por año.

### Requisitos, opciones para el beneficiario y focalización

Para obtener los beneficios del mecanismo, el afiliado debe: i) Tener una edad mínima de 57 años mujeres o 62 años para los hombres; ii) Carecer de derecho a obtener una pensión mínima del Sistema General de Pensiones; iii) Que el aporte anualizado del ahorro sea inferior al que debe realizar un cotizante al sistema de pensiones, en el mismo período.

Una vez cumplidos estos requisitos, se adquiere la calidad de beneficiario, pudiendo destinar los recursos del mecanismo BEPS, para una de las siguientes opciones:

---

<sup>36</sup> Decreto 604 de 2013, artículo 7.

1. Contratar con una compañía de seguros, el pago de un beneficio económico periódico de forma vitalicia. El valor del beneficio, será liquidado cada mes por un valor inferior al 85% del salario mínimo legal mensual vigente; al beneficiario se le pagará el beneficio cada dos meses.
2. Pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad. Con esta opción, que vale la pena incluir dentro de los incentivos, se le permite la cobertura a una vivienda propia al afiliado. Cabe mencionar, que en la actualidad, el mecanismo no permite hacer retiros parciales en la etapa de acumulación para este propósito.
3. Trasladar los recursos al Sistema General de Pensiones, para completar los requisitos orientados a obtener una pensión. Esta opción resulta de gran importancia, ya que permite la conexión del *matching contribution* con el sistema contributivo de pensiones. En ese evento, el beneficiario no podrá recibir subsidios en ambos sistemas, y prevalecerán los subsidios del sistema de pensiones.

La conexión del beneficio económico periódico con el sistema de pensiones es muy valiosa, pues muchos trabajadores en Colombia, presentan una alta rotación entre el sector formal y el sector e informal, a su vez que también las lagunas de contribuciones a la seguridad social se incrementan en los tiempos que transcurren mientras una persona se desvincula de un trabajo formal y vuelve a encontrar uno nuevo.

Ello posibilita que, cuando el trabajador se encuentre en la formalidad, aporta al sistema contributivo, a través de su afiliación al Sistema General de Pensiones, y cuando se encuentre cesante, o en la informalidad, puede realizar contribuciones inferiores al aporte pensional, de acuerdo con sus posibilidades, y al final de la vida activa, computar ambos esfuerzos para construir una pensión, en cualquiera de los dos regímenes pensionales<sup>37</sup>. En el evento en el que no sea posible causar el derecho a una pensión contributiva, recibirá un BEP.

4. Solicitar la devolución de los aportes. Este es un evento que requiere el máximo nivel de información del usuario, ya que no va a poder recibir un beneficio periódico, ni recibirá la contrapartida estatal del 20% sobre el valor de las contribuciones.

---

<sup>37</sup> Resulta fundamental mencionar el sistema actuarial de equivalencias, que permiten trasladar los montos ahorrados en el sistema BEPS, al régimen de prima media y al régimen de ahorro individual, para construir una pensión. Con el sistema de equivalencias, los ahorros en BEP se convierten en semanas (del régimen de prima media) o en capital (en el régimen de ahorro individual). Al respecto, ver el Decreto 1494 de 2022.

Tradicionalmente, Colombia ha focalizado los subsidios estatales a través del Sistema de Beneficios de Programas Sociales del Estado-Sisben, que clasifica a la población de acuerdo a sus condiciones económicas y sociales. Los niveles de mayor vulnerabilidad, corresponden a los clasificados con las letras A, B y C, y es justamente la población clasificada de esa manera, la que está llamada a ser beneficiaria de los beneficios económicos periódicos.

A partir de la interconexión entre el mecanismo Beps y el Sistema General de Pensiones, se amplió la cobertura, permitiendo que cualquier ciudadano colombiano mayor de edad y que genere ingresos mensuales por monto inferior al salario mínimo, pueda afiliarse al mecanismo<sup>38</sup>.

Las afiliaciones, fueron proyectadas por el documento Conpes social 156 de 2012 en una cifra de siete millones de personas; sin embargo, las personas potencialmente beneficiarias, alcanzan los catorce millones, de acuerdo a cifras de Fedesarrollo, en un informe del año 2018<sup>39</sup>; para ese mismo año, el número de afiliados rondaba el millón de personas, pero efectivamente se encontraban aportando al mecanismo cerca de 200.000 usuarios<sup>40</sup>. Las estimaciones de desarrollo indican, que se requiere ampliar la cultura del ahorro previsional en la población, para que las reservas del sistema puedan incrementarse en los próximos cincuenta años, y de esta manera, los beneficios periódicos que reciben las personas sean mayores.

## Conclusiones

Los *matching contributions*, constituyen alternativas para la protección a la vejez que, coadyuvan en el objetivo de alejar de los márgenes de pobreza a la población adulta mayor, especialmente, en países con sistemas de relaciones laborales en los que predomina la informalidad y, por ende, a los trabajadores les resulta difícil poder realizar aportaciones a los sistemas de pensiones contributivos.

Los elementos de las contribuciones compartidas, o contribuciones de contrapartida, promocionan en ahorro voluntario mediante incentivos económicos, hacia una amplia variedad de población vulnerable que no cotiza dentro de

---

<sup>38</sup> Al respecto, ver el Decreto 295 de 2017, artículo 2.

<sup>39</sup> VILLAR, Leonardo y FORERO, David. Elementos para una propuesta de reforma del sistema de protección económica para la vejez en Colombia. Cuadernos Fedesarrollo 2018. Bogotá D.C., 2018, p. 51.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

los sistemas pensionales. En este punto, resulta clave revisar estrategias para ampliar la cobertura, pero también para enlazar estos sistemas con los pensionales, de tal manera que, los beneficios periódicos como los BEP, no se conviertan en la regla general, y el sistema pensional en la excepción, puesto que, históricamente se han diseñado estrategias para que el trabajador, a través de imposiciones legales, pueda contribuir para la protección económica de su vejez. Dejarle esa decisión totalmente a su arbitrio, llevaría a generar una cultura contraria a la responsabilidad para la vejez, y por lo tanto, al incremento de la pobreza en la etapa final de la vida.

Los sistemas contributivos tradicionales, no lograron atraer a los trabajadores por cuenta propia, con una baja participación de trabajadores por cuenta ajena, lo que refleja las brechas de informalidad existentes en el plano de las relaciones laborales. En este punto, los esfuerzos realizados en la década de los noventa y principios de los dos mil para atraer beneficios, tuvieron resultados poco satisfactorios, lo que obligó a la implementación de mecanismos de contrapartida.

Las reformas paramétricas realizadas al sistema de pensiones una década después de su puesta en marcha, abrieron la puerta para la introducción del sistema de contribución compartida a través del mecanismo BEPS, puesto que resultó ser un detonante para la baja cobertura en la vejez, acentuado por la situación informal del medio laboral, ya que al endurecer los requisitos para acceder a una pensión contributiva, se dejó de lado el enfoque social, y muchas personas que hubieran consolidado el derecho en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, quedaron por fuera del sistema.

Es importante fortalecer la cultura de la seguridad social en la población económicamente activa —tanto formal como informal—, puesto que la utilización generalizada de mecanismos de contra partida como único medio para hacer frente a la reducción de los ingresos en la vejez, podría resultar en el efecto adverso, es decir, en fomentar la informalidad laboral. La generalización del mecanismo BEP, puede disminuir los incentivos de los trabajadores de insertarse en el sistema laboral formal, y quedarse en el sistema informal, motivados por la flexibilidad del aporte y su periodicidad.

Desde la economía conductual, la discusión con este tipo de beneficios se debate, de un lado, en los impactos positivos que pueden generar al aliviar la situación de pobreza en la vejez para sus beneficiarios, lo cual mejora su calidad de vida, y de otro lado, en el impacto negativo que las contrapartidas pueden traer sobre los sistemas de relaciones laborales con los incentivos a la informalidad.

## Referencias

ACUÑA, Rodrigo *et al.* Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. *Experiencias, lecciones y propuestas*. Tomo I. SURA Asset management. Santiago, 2015.

ACUÑA, Rodrigo *et al.* Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. *Experiencias, lecciones y propuestas*. Tomo II. SURA Asset management. Santiago, 2015.

ARENAS DE MESA, Alberto. Los sistemas de pensiones en la encrucijada, *desafíos para la sostenibilidad en América Latina*. Ediciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. Santiago, 2019.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. Derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Legis, 2018.

ARIAS, Mauricio y MENDOZA, Juan Carlos. *Un modelo de simulación del régimen de ahorro individual con solidaridad en Colombia*. En: Reporte de estabilidad financiera, noviembre de 2009. Bogotá, D.C., ediciones del Banco de la República de Colombia.

AZUERO Zúñiga, Fernando. El sistema de pensiones en Colombia, *institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera*. Ediciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. Santiago, 2020.

BOSCH, Mariano *et al.* Diagnóstico del sistema previsional colombiano y opciones de reforma. Nota técnica del Banco Interamericano de Desarrollo BID, Washington D.C: 2015.

CECCHINI, Simone y RICO, María Nieves. El enfoque de derechos en la protección social. En: FILGUERA, Fernando *et al* (editores). Instrumentos de protección social: *Caminos latinoamericanos hacia la universalización*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago: 2015.

COLOMBIA, Congreso de la República. Proyecto de Ley 155 de 1992 (Senado), *“por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad social”*.

COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes social No. 156. Bogotá, D.C., 2012.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad, Santiago, 2006.

FUENTES, Eduardo. Incentivando la cotización voluntaria de los trabajadores independientes: *Una aproximación a partir del caso de Chile. Working paper. Economig research department BBVA*, No. 10/11. Santiago, 2010.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Seguridad social: *un nuevo consenso*. Ginebra, 2002.

PARRA, Julián (coordinador), ARIAS, Fernando *et al.* Sistema pensional colombiano: *descripción, tendencias demográficas y análisis macroeconómico*. Bogotá, D.C., 2020, ediciones del Banco de la República de Colombia.

ROFMAN, Rafael y OLIVERI, María Laura. Las políticas de protección social y su impacto en la distribución del ingreso en Argentina. Serie de documentos de trabajo sobre políticas sociales No. 6. Banco mundial, Buenos Aires, 2011.

ROFMAN, Rafael. Expandiendo la protección económica de los adultos mayores en América Latina. En: *Más allá de las pensiones contributivas: catorce experiencias en América Latina*. Banco Mundial, primera edición, Buenos Aires: 2013.

SÁNCHEZ, Pedro. Sociología de la vejez *versus* economía de la vejez. En: Papers, volumen 61 “Reflexiones sobre el cambio social, las desigualdades, la democracia y otras cuestiones teóricas”. Madrid, 2000. Disponible en: <https://papers.uab.cat/issue/view/v61>

SANTOS CALDERÓN, Juan Manuel. Cómo se creó el sistema de capitalización en Colombia. En: *Economía & Sociedad*, Noviembre 2016 - Febrero 2017.

VILLAR GÓMEZ, Leonardo. Características de un sistema pensional multipilar aplicado en el contexto colombiano. Bogotá, ediciones Fedesarrollo, 2017.

VILLAR, Leonardo y FORERO, David. Elementos para una propuesta de reforma del sistema de protección económica para la vejez en Colombia. Cuadernos Fedesarrollo 2018. Bogotá D.C., 2018.

VILLAR, Leonardo *et al.* El pilar no contributivo y su rol en el sistema de protección a la vejez: Colombia mayor. Working paper No. 78, 2020-02. Bogotá, D.C., Fedesarrollo, 2020.

WOOLF, Stuart. Los pobres en la Europa moderna. Traducción de Teresa Compodrón. Editorial crítica, Barcelona, 1989.

# La pensión de viudedad y/o sobrevivientes y su perspectiva latinoamericana desde los modelos pensionales

*María Fernanda González Martínez<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> *Magister* en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre; docente universitaria en pregrado y en posgrado; miembro de la Sociedad Colombiana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre; miembro del Observatorio de Paz de la Universidad Libre y; miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.





## Resumen

El presente artículo tiene por finalidad, dar a conocer de qué manera se materializa en diferentes ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y de acuerdo con los diferentes modelos pensionales existentes, la pensión de viudedad y/o pensión de sobrevivientes, para ello, en un primer momento, se realizará un marco teórico, en el cual, se analizarán entre otros, los modelos pensionales existentes, el concepto de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, su importancia, elementos y características; adicionalmente, se analizará, el concepto de familia, y de solidaridad familiar; para así señalar su reconocimiento internacional; lo anterior, permitirá posteriormente, examinar cómo se plasma el reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay.

Para ello, particularmente se estudiará: su denominación, la naturaleza jurídica, los requisitos para el reconocimiento de la prestación bajo dos contextos, esto es, (cuando quien fallece tiene la calidad de afiliado o afiliada al sistema y cuando quien fallece tiene la calidad de pensionado o pensionada al sistema), los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y el monto de la mesada pensional. Lo mencionado, permitirá realizar un análisis sistemático de la información obtenida, para así llegar a unas conclusiones.

## Introducción

La seguridad social, como derecho humano, ha tenido diferentes enfoques, siendo uno de los más importantes, el referente al cuidado de la familia, es por esto que, a través de su principalística busca entre otros un fin primordial, esto es, garantizar la dignidad humana a toda persona en sociedad. De acuerdo con lo anterior, uno de los mecanismos que mayor relevancia tiene al interior de los diferentes ordenamientos jurídicos es el de la pensión de viudedad y/o pensión de sobrevivientes como se le conoce en algunas legislaciones de Latinoamérica, de allí que, se haga necesario estudiar de qué manera se materializa dicha prestación, en los diferentes modelos pensionales, para así comprender la

importancia que merece su reconocimiento y, cómo las diferentes legislaciones se ponen a tono para garantizar los diferentes presupuestos constitucionales.

De acuerdo con lo expuesto, el presente artículo se dividirá en cinco partes; siendo la primera, el desarrollo de un marco teórico, el cual permitirá retomar conceptos que son primordiales tener en cuenta al momento del estudio de la pensión de viudedad; seguido a ello, se analizará por cada país la pensión de viudedad, encontrando características primordiales como lo son: El modelo pensional existente, su denominación, su naturaleza jurídica, los requisitos que se prevén para el caso bajo el cual, quien fallece, tiene la calidad de afiliado en el sistema y cuando quien fallece tiene la calidad de pensionado en el sistema, quiénes tienen vocación de beneficiarios de dicha prestación, en cuál porcentaje se reconoce la prestación, si existe la posibilidad de compartir la pensión entre beneficiarios, y el monto de reconocimiento. Una vez se haga el estudio, esto permitirá realizar un análisis en conjunto de todas las legislaciones para así llegar a unas conclusiones.

## Modelos pensionales

De acuerdo con lo desarrollado por diferentes legislaciones, en materia pensional, se pueden encontrar diferentes modelos pensionales que pertenecen a los varios Estados en el mundo, los cuales, prácticamente garantizan la materialización del cubrimiento de contingencias relacionadas con la vejez, la invalidez y la muerte, claro está, a través del reconocimiento de unas prestaciones que se reconocen como pensiones. En consecuencia, a la actualidad, se hablan de cuatro modelos pensionales, el modelo público, el modelo privado, un modelo mixto, y finalmente, un modelo integrado o complementario.

Citando al profesor Luis Alberto Torres Tarazona, en su columna de *Ámbito Jurídico*, denominada *“Modelos pensionales públicos, privados o mixtos”*, el autor permite identificar, cuál es la diferencia y en qué Estados se presenta cada uno de los modelos.

Respecto al modelo público, se puede señalar, que es aquel mediante el cual, las cotizaciones que se hacen, tienen por finalidad, garantizar el reconocimiento de la pensión a aquellos que están próximos a pensionarse, esto último, bajo el criterio de la solidaridad intergeneracional; asimismo, señala el profesor Torres, que *“los Estados utilizan el “sistema de reparto”, prima media o sistemas exclusivamente públicos, financiados totalmente con recursos públicos y las prestaciones están definidas; se reconoce por lo general, a trabajadores de los sectores público y del privado, la mesada está conforme a una tasa de reem-*

*plazo*<sup>1</sup>; también, identifica como principales características entre otras, “*la solidaridad generacional, su administración pública, y requisitos de tiempo y edad para la pensión de vejez*”.<sup>2</sup>

Adicionalmente, en el sistema de reparto, “Las bases de cotización de los trabajadores a lo largo de su vida laboral servirán para el cálculo de la futura pensión, de tal manera que ésta será mayor cuanto mayores hayan sido las contribuciones, si bien la pensión en estos sistemas no guarda una relación tan directa con las cotizaciones como en el caso de los sistemas de capitalización, pues en muchos casos ocurre, por ejemplo, que existe un tope para la pensión máxima fijado por ley, por lo que en el caso de cotizaciones elevadas, la pensión será inferior a lo que un cálculo actuarial de las cotizaciones determinaría”<sup>3</sup>. En consecuencia, en este sistema, las cotizaciones al sistema son de carácter obligatorio.

Los países en los cuales se ve materializado este sistema son: “Bolivia, Argentina, Brasil, Cuba y Venezuela, entre otros”<sup>4</sup>.

El modelo privado pensional, se reconoce como el modelo de capitalización en diferentes legislaciones, y principalmente, exige como requisito para poder acceder a la prestación de vejez, el cumplimiento de capital. Siguiendo lo señalado por el profesor Torres, este modelo, se “*trata de un esquema de capitalización individual y, como lo recuerda Alberto Arenas de Mesa (2019), es administrado por el sector privado o financiero; el capital ahorrado es el único requisito nos recuerda Ana Rocío Niño Pérez; por ende, la pensión depende de la capacidad de ahorro y de las rentabilidades. Modelo implementado en países como Chile, El Salvador y República Dominicana*”<sup>5</sup>.

De manera general, en el sistema de capitalización, los afiliados ahorran para su propia pensión en un primer momento; sin embargo, se observará como aquí de manera especial, el principio de la solidaridad resulta ser transversal, con la

---

1 Torres, L. (2023, 26 de mayo). Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/modelos-pensionales-publicos-privados-o-mixtos>

2 *Ibidem*.

3 BBVA (2019, 07 de enero). Pensiones: Sistema de reparto vs sistema de capitalización. BBVA mi jubilación. <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/pensiones-sistema-de-reparto-vs-sistema-de-capitalizacion.html>

4 Torres, L. (2023, 26 de mayo). Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/modelos-pensionales-publicos-privados-o-mixtos>

5 *Ibidem*.

finalidad de garantizar pensiones mínimas, asimismo, “en este sistema las aportaciones son generalmente voluntarias, a cargo del trabajador o del empleador, y pueden ser periódicas y/o extraordinarias”<sup>6</sup>.

Los países en los cuales se ve materializado este sistema son: “Chile, El Salvador y República Dominicana”<sup>7</sup>.

El modelo pensional mixto, permite que dentro de un mismo Estado, coexistan los modelos tanto público como privado; no obstante, son excluyentes e incompatibles; en palabras de la profesora Ana Rocío Niño Pérez “el modelo mixto en competencia o paralelo, obliga la elección entre un régimen público y otro que es privado; ya que solo se puede cotizar en uno de ellos; por tanto, conforme el principio de libre escogencia, se debe seleccionar un régimen y, con ellos, los requisitos y valores de la pensión de vejez varían”<sup>8</sup>.

Los países en los cuales se ve materializado este sistema son: “Colombia y Perú”<sup>9</sup>.

Finalmente, el modelo mixto integrado o complementario, es aquel mediante el cual, existen dentro de un mismo Estado, tanto los sistemas de reparto como de capitalización, pero no son excluyentes, sino, por el contrario, actúan de manera armónica, con el objetivo de garantizar el reconocimiento de prestaciones que cubran contingencias relacionadas con la vejez, la invalidez y la muerte. Particularmente, este sistema se reconoce como el sistema de pilares, y ha sido desarrollado por el Banco Mundial Internacional (BMI) y por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El profesor Ignacio Perdomo Gómez, respecto del sistema de pilares determinó que: *“lo propuesto por el Banco Mundial desde 1994 en su informe “envejecimiento sin crisis” es un modelo mixto y complementario, que integra los modelos tradicionales en pensiones”, en el que, conforme a la OIT o al Banco Mundial, se combinan varios componentes: el primero, universal y a cargo del Estado, en el cual no tiene en cuenta cotizaciones sociales a la población, pues prima ser ciudadano o nacional de un país; un segundo pilar contributivo, caracterizado*

---

6 BBVA (2019, 07 de enero). Pensiones: Sistema de reparto vs sistema de capitalización. BBVA mi jubilación. <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/pensiones-sistema-de-reparto-vs-sistema-de-capitalizacion.html>

Torres, L. (2023, 26 de mayo). Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. *Ámbito Jurídico*.

7 *Ibidem*.

8 Torres Tarazona, Luis. (2023). Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. *Ámbito jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/modelos-pensionales-publicos-privados-o-mixtos>

9 *Ibidem*.

*por los pagos sociales realizados al sistema (cotizaciones) que no pueden superar los 3 o 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y un componente o pilar de capitalización a cargo de empresas privadas o entidades financieras, en el que se da el ahorro individual; también, pueden existir pilares voluntarios, en los que prima el ahorro extra*<sup>10</sup>.

Los países en los cuales se ve materializado este sistema son: “Suecia, Reino Unido, Costa Rica, Panamá y Uruguay”<sup>11</sup>.

En conclusión, en la actualidad existen en el mundo diferentes modelos pensionales, que si bien, funcionan de manera diferente, tienen una misma finalidad, esto es, garantizar la cobertura a contingencias relacionadas con la vejez, la invalidez y la muerte, a través de la utilización de diferentes mecanismos, los cuales permitan garantizar de manera efectiva el derecho humano a la pensión. Ahora, si bien, se garantiza el cubrimiento de diferentes contingencias, el presente texto centrará su atención, en el reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes.

## **Definición de pensión de viudedad y/o pensión de sobrevivientes**

La pensión de viudedad y/o pensión de sobrevivientes, es una prestación económica que se reconoce a favor de aquellos familiares, quienes, de acuerdo con cada legislación, tienen vocación de beneficiarios, de allí que, dicha prestación se reconoce con la finalidad de garantizar una cobertura de manera vitalicia o temporal, derivada de la muerte, para así, garantizar la dignidad humana a aquellos reconocidos por diversas legislaciones como “sobrevivientes”, “viudas”, “viudos” y/o “huérfanos”.

Desde los principios, la pensión de sobrevivientes se desarrolla a través de tres umbrales: “la solidaridad, la reciprocidad y la universalidad”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Corte Constitucional [CC], abril 16, 2008. M.P.: C. Vargas. Sentencia C 336/08. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

El primero, “*lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante*”<sup>13</sup>; el segundo “*el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante*”<sup>14</sup>; y el tercero “*el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante*”<sup>15</sup>.

Martínez Cifuentes, define dicha prestación como “*la transmisión o subrogación del derecho de pensión del pensionado fallecido a los beneficiarios o causahabientes*”, adicionalmente señala que es “*uno de los mecanismos instituidos por el legislador para garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones a sus beneficiarios*”<sup>16</sup>.

Adicionalmente, a través del precedente del Consejo de Estado en Colombia, se determina que la pensión de sobrevivientes es aquella: (...) “*prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad*”<sup>17</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional ha determinado, que la pensión de sobrevivientes, es “*(...) la garantía que le asiste al grupo familiar de una persona que fallece siendo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para reclamar la prestación que se causa precisamente con tal deceso*”<sup>18</sup>.

Continuando, la pensión de sobrevivientes tendrá por propósito, en palabras de la Corte Constitucional: “*impedir que, ocurrida la muerte de una persona,*

---

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> Martínez Cifuentes, Juan. (2009). La Pensión de Sobrevivientes. Bogotá, D.C., Colombia: Temis. p. 21.

<sup>17</sup> Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2018. Expediente 4160-16. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

<sup>18</sup> Corte Constitucional [CC], enero 27, 2014. MP L. Guerrero. Sentencia T 018/14. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-018-14.htm>

quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”<sup>19</sup>.

En consecuencia, las características de la pensión de sobrevivientes son:

1. Ser un derecho fundamental.
2. La posibilidad de transmisión y/o subrogación del derecho de pensión.
3. Se materializa una garantía del amparo de contingencias derivadas de la muerte.
4. Se fundamenta en normas de carácter público.
5. Constituye el desarrollo del principio de solidaridad.
6. Su reconocimiento puede ser vitalicio o temporal.

En conclusión, el concepto de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, resulta ser transversal como medio de protección a la familia, toda vez que, la Corte Constitucional Colombiana, respecto a la finalidad de la prestación señala: “La finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido”<sup>20</sup>.

## El concepto de familia

Conforme a la definición, elementos y características de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, uno de los conceptos que resulta ser relevante es el de “familia”, el cual, tiene un gran aporte respecto a la materialización de la prestación objeto de estudio, pues no hay que perder de vista como este concepto ha evolucionado de acuerdo con cada momento histórico, ejemplo de ello, es como particularmente en Colombia se ha venido hablando de familias poliamorosas, o de manera particular, sobre los hijos de crianza y aportados, o sino el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

---

19 Sentencias T-190 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, T-553 de 1994 MP José Gregorio Hernández Galindo, C-389 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero, C-002 de 1999 MP Antonio Barrera Carbonell, C-080 de 1999 MP Alejandro Martínez Caballero, C-617 de 2001 MP Álvaro Tafur Galvis, C-1176 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-049 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1094 de 2003.

20 Corte Constitucional [CC], noviembre 19, 2003. MP J. Córdoba. Sentencia C-1094/03. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11659&dt=S>

Desde el punto de vista internacional, se reconoce la importancia del concepto en diferentes instrumentos, entre otros, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual particularmente en el artículo 23 se reconoce “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”<sup>21</sup>.

Asimismo, se encuentra: “La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la cual, respecto a la familia en el artículo 16 se señala: Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)”<sup>22</sup>.

Sumado a lo anterior, se encuentra la Convención sobre los derechos del niño, instrumento que en su preámbulo reconoce la familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”<sup>23</sup>.

Por otro lado, entre otros, se encuentra la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad, en los cuales se desarrollan distintas disposiciones que reconocen la importancia de la familia.

En lo que concierne a la doctrina, especialmente, siguiendo lo dicho por Melgarejo, Gómez y Arenas, citando a Bauman, “La familia es uno de los muchos procedimientos de reeducación y renormalización utilizados por la sociedad para lograr un efectivo adiestramiento de los individuos indisciplinados, sin que en ningún caso suponga un ejercicio de emancipación”<sup>24</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, también ha definido “familia”, como “una comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundada en

---

21 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf)

22 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf)

23 Convención sobre los derechos del niño. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf)

24 Aristizábal, D. (2008). De la pensión de sobrevivientes un estudio del derecho a las relaciones simultaneas. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/18413530-3b29-44de-afea-63b35dd48c24/content>



el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida que liga íntimamente a sus integrantes más próximos. Además, es una realidad dinámica en la que cobran especial importancia, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad, entre otros. El régimen constitucional colombiano, ha buscado hacer de ella, el escenario para que, dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse libre y plenamente sin la intromisión de terceros”<sup>25</sup>.

De acuerdo con lo considerado, el concepto de familia cambia y evoluciona con las nuevas realidades presentes, tan es así que, el profesor Rafael Rodríguez Mesa, en su libro “Familia, seguridad social y parejas del mismo sexo”<sup>26</sup>, da cuenta que el concepto de familia y como se concibe la misma, ha sido cíclico, pues si bien en un primer momento, se habló del concepto de familia en la comunidad primitiva, luego de la familia consanguínea, punalúa, sindiásmica, patriarcal, monógama, en el antiguo testamento, en la Roma Clásica, en la edad media y a inicios del siglo XXI, posteriormente, retoma lo dicho por el tratadista argentino Eduardo Ignacio Fanzolato, quien determina cuáles son los modelos actuales de familia en el mundo occidental, clasificándolos como:

1. Familia nuclear matrimonial
2. Familia nuclear matrimonial ensamblada o recompuesta
3. Familia matrimonial sin descendencia
4. Familia nuclear extramatrimonial
5. Familia nuclear extramatrimonial ensamblada o recompuesta
6. Familia monoparental
7. Familia binuclear
8. Familia nuclear matrimonial homosexual
9. Familia nuclear extramatrimonial homosexual

En conclusión, resulta ser importante el concepto de familia a la hora del reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, esto en atención a

---

25 Corte Constitucional [CC], julio 21, 2010. M.P.: L. Vargas. Sentencia T 577/10. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-577-10.htm>

26 Rodríguez, R. (2020). Familia, seguridad social y parejas del mismo sexo. Libro electrónico: <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/19464/Familia%2C%20seguridad%20social%20y%20parejas%20del%20mismo%20sexo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

que la familia es elemento de especial protección en los diferentes Estados, de allí que, se reconozca a través de las diversas cartas políticas y en diferentes instrumentos internacionales.

## La solidaridad familiar

Diferentes autores, reconocen la importancia del concepto de solidaridad familiar y como este resulta ser transversal en el reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, tan es así que, Berta Mora Mendoza, citando a autores como Bengtson y Roberts, define la solidaridad familiar como, el conjunto de “*normas y prácticas de ayuda mutua entre los miembros de la familia*”<sup>27</sup>. De acuerdo con lo anterior, la solidaridad familiar puede ser vista desde seis dimensiones, desarrolladas por los autores ya citados previamente, en consecuencia, dichas dimensiones son:

- La “solidaridad normativa: explica la apuesta y el compromiso de los miembros de la familia por asumir sus roles y obligaciones familiares. Refiriéndose a sus normas y compromisos adquiridos internamente en la familia”<sup>28</sup>.
- La “solidaridad estructural: refiere al número de familiares próximos, cercanos, que podrían constituir oportunidades de intercambio de ayudas. Valora por tanto, la proximidad de los familiares y la amplitud de la red familiar en esta circunstancia”<sup>29</sup>.
- La “solidaridad asociativa: entiende la intensidad de la relación familiar, el tipo de contacto y la frecuencia de este”<sup>30</sup>.
- La “solidaridad afectiva: se explica a través del tipo de sentimientos positivos compartidos y recíprocos entre los miembros de una misma familia. Sentimientos como el respeto, la confianza, la comprensión, el cariño, etc. Esta dimensión de la solidaridad familiar, recoge el sentimiento de pertenencia, la identidad familiar y los vínculos de afectividad. Constituye un valor añadido y cada vez más indispensable para la prestación de ayuda”<sup>31</sup>.
- La “solidaridad funcional: se refiere a la voluntad de dar y recibir ayuda por parte de otros miembros de la familia. Esta acción puede ser esporádica y/o

---

27 Mora, B. (2012). Solidaridad familiar y resiliencia. Documento de trabajo social: Revista de trabajo y acción social, 99-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4642122>

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

periódica; y las ayudas o recursos pueden ser de tipo material, económico o asistencial (cuidado de personas, apoyo doméstico, etc.). Esta dimensión es la que generalmente se identifica de forma directa con la solidaridad familiar, como definición de la misma, y con el apoyo mutuo”<sup>32</sup>.

- La “solidaridad consensual: entiende el conjunto cultural de valores, opiniones y actitudes compartidos por los miembros de una misma familia ante la realidad social política, económica y cultural que les rodea”<sup>33</sup>.

Adicionalmente, otros autores como Florencia Vazzano, señala respecto a la solidaridad familiar que: “se despliega mediante redes de ayuda mutua entre diversos sujetos que integran las familias, siendo ello de gran importancia para la organización de la cotidianidad. Se trata de un fenómeno que ocurre en todos los sectores sociales, pues aun cuando las clases medias y altas pueden contratar servicios de cuidadores, es frecuente acudir a la colaboración por parte de los parientes o integrantes del grupo familiar”<sup>34</sup>.

De allí que, especialmente se pueda materializar el concepto de familia a través de otro enfoque muy similar a cuando se habla de los hijos de crianza o los hijos aportados, quienes de igual manera, bajo el cumplimiento de unos requisitos, están llamados a ser beneficiarios de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes.

En conclusión, se puede señalar que de acuerdo con cada una de las dimensiones desarrolladas por Mora, citando a Bengston y Roberts, se determina, respecto al reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, que las dimensiones aplican de manera armónica, pues cada una de sus definiciones, son elementos que permiten materializar la pensión como se conoce; ejemplo de ello es como la solidaridad normativa, aplica en el entendido de las obligaciones que tienen los padres para con los hijos; o la solidaridad estructural, referente a los familiares a quienes se les debo socorro y apoyo mutuo; la solidaridad asociativa, ejemplo en la permanencia de la convivencia; la solidaridad afectiva, en el concepto de convivencia afectiva y efectiva; y la solidaridad funcional, referente a la ayuda de tipo material, económico y/o asistencial.

---

32 Mora, B. (2012). Solidaridad familiar y resiliencia. Documento de trabajo social: Revista de trabajo y acción social, 99-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4642122>

33 *Ibidem*.

34 Vazzano, F. (2021). La solidaridad en el sistema del derecho de familias. Especiales consideraciones sobre el Código Civil y Comercial. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/Nº 51-2021. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386. <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11672>

## La pensión de viudedad y/o sobrevivientes en instrumentos internacionales

En diferentes instrumentos, se encuentra señalada la necesidad de cubrir las contingencias generadas por la muerte, de allí que, de especial manera, los Estados estén obligados a garantizar este derecho con una finalidad importante, esto es, la materialización efectiva del derecho a la dignidad humana. De acuerdo con lo anterior, a continuación se desarrollarán algunos instrumentos internacionales que reconocerán esto:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, particularmente, en el artículo 22, reconoce el derecho a la seguridad social que tiene toda persona, y el artículo 25, de manera específica, determina la necesidad del reconocimiento de la prestación por viudedad: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.<sup>35</sup>

El Convenio 102 de 1952 de la OIT, “sobre la seguridad social”<sup>36</sup> señala el reconocimiento de la prestación de “sobrevivientes”, a partir de la parte X, señalando en el artículo 59 “Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte”.<sup>37</sup>

Adicionalmente, reconoce entre otras, las siguientes características:

- Que la “contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia”.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido el 26 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Convenio 102 de la OIT. Sobre la seguridad social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C102](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102)

<sup>38</sup> *Ibidem*.

- Que en la legislación de cada Estado, podrá suspenderse el reconocimiento de la prestación, siempre y cuando aquella persona que tenga vocación de beneficiaria, reciba una remuneración que exceda un valor prescrito.
- Que las personas protegidas, serán cónyuges, “todas las viudas” e hijos.
- Que el reconocimiento será periódico.
- Que el causante afiliado al sistema haya cotizado un mínimo de semanas requeridas a prevención de cada legislación.
- Que se prescribirá una duración mínima de convivencia para los cónyuges.

El Convenio 118 de 1962 de la OIT, “sobre la igualdad de trato (seguridad social)”<sup>39</sup>, de manera específica, a través del artículo 12, determina que todo Estado miembro, deberá tener una legislación efectivamente aplicada en todo el territorio a los nacionales, entre otras, para garantizar la prestación de sobrevivientes, así mismo entre otras, determina “En cuanto concierna al beneficio de las prestaciones, deberá garantizarse la igualdad de trato sin condición de residencia. Sin embargo, dicha igualdad puede estar subordinada a una condición de residencia, por lo que se refiera a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro cuya legislación subordine la atribución de prestaciones de la misma rama a la condición de que residan en su territorio”.<sup>40</sup> También, contempla que para el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes para aquellos que tengan la vocación de beneficiarios, debieron estar por lo menos en el Estado Miembro un tiempo no mayor a cinco años consecutivos, esto último dependerá de cada legislación.

El Convenio 128 de 1967 de la OIT, “sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes”<sup>41</sup>, igualmente reconoce el derecho del reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes a través del articulado, de manera especial señala en la parte cuarta, lo correspondiente a dicha prestación. Al respecto, señala en el artículo 20 “Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de

---

39 Convenio 118 de la OIT. Sobre la igualdad de trato. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312263](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312263)

40 Convenio 118 de la OIT. Sobre la igualdad de trato. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312263](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312263)

41 Convenio 128 de la OIT. Sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C128](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128)

esta parte”.<sup>42</sup> Aunado a lo anterior, reitera lo ya considerado en el Convenio 102 de la OIT.

El Código Iberoamericano de la Seguridad Social, a través de su índice, reconoce a la par, prestaciones relacionadas con la muerte, y señala que ésta se desarrollará en la sección décima “Prestaciones por supervivencia”<sup>43</sup>; a partir del artículo 99, determina que “Todo Estado que haya aceptado esta Sección del Código deberá garantizar a las personas protegidas, el otorgamiento de prestaciones por supervivencia, de conformidad con los artículos siguientes”<sup>44</sup>

Adicionalmente, reconocerá:

- “La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la persona en estado de viudez o por los hijos a cargo del sostén de la familia como consecuencia de la muerte de éste (...)”<sup>45</sup>.
- La prestación consistirá en un pago periódico.
- La prestación “deberá garantizarse, en la contingencia cubierta y en la cuantía que corresponda, por lo menos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según prevean la legislación y las prácticas 58 nacionales, un período de calificación que no deberá exceder de cuarenta años de cotización o de empleo o de cuarenta años de residencia”.<sup>46</sup>

El Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social de 2007, tiene por objeto “la cooperación internacional en materia de seguridad social con miras a permitir a las personas que hayan prestado servicios en uno o más de los Estados firmantes, beneficiarse de las cotizaciones efectuadas en cualquiera de estos territorios. Lo anterior a fin de obtener acceso a las prestaciones económicas derivadas de la invalidez, vejez, supervivencia”.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Código Iberoamericano de la Seguridad Social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO\\_IBEROAMERICANO2.pdf](https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf)

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Código Iberoamericano de la Seguridad Social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO\\_IBEROAMERICANO2.pdf](https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf)

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070/2071#:~:text=El%20Convenio%20Multilateral%20Iberoamericano%20de,suscriban%20el%20Acuerdo%20de%20Aplicaci%C3%B3n.>

## La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs. Colombia

Si bien, hay diferentes instrumentos internacionales que reconocen la prestación de viudedad y/o sobrevivientes, otro de los casos que se deberá tener en cuenta es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs. Colombia, la cual para efectos prácticos se dividirá en cinco momentos, iniciando por una introducción; seguido por el resumen de los hechos; la presentación de excepciones preliminares; fondo; y reparaciones.

**Introducción:** “El 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia”.<sup>48</sup>

**Fondo:** El Estado Colombiano, reconoció la existencia de “un hecho ilícito internacional continuado”<sup>49</sup>, asimismo, expresó que este hecho había cesado con la emisión de la sentencia C 366 de 2008; sin embargo, la Corte “entendió que le correspondía determinar si, efectivamente, las disposiciones internas colombianas relativas a las pensiones de sobrevivencia eran discriminatorias y contrarias al derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la CADH al momento de ocurrencia de los hechos”.<sup>50</sup>

En consecuencia, la Corte determinó que el Estado, era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenida en el artículo 24 de la Convención, ya que no se le permitió al señor Duque, acceder a la pensión de sobrevivientes. Al propio tiempo:

---

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. [CIDH], septiembre 26, 2016. Caso Duque vs. Colombia. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

- Que el hecho no había sido subsanado, a pesar de la expedición de la sentencia C-366 de 2008, ya que no fue claro de cuál manera sería aplicable dicho precedente al señor Duque.
- Recordó que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>51</sup>.

**Reparaciones:** “Con respecto a las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen; ii) garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia, y iii) pagar la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de daño inmaterial y por reintegro de costas y gastos. Asimismo, la Corte dispuso que el Estado debía reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del presente caso”<sup>52</sup>.

## Pensión de viudedad y su perspectiva latinoamericana en los modelos pensionales

De acuerdo con el análisis previamente realizado, respecto a los diferentes modelos pensionales existentes en el mundo y sus respectivas características, entre otros, tendrán por finalidad el cubrimiento de contingencias generadas por la vejez, la invalidez y la muerte; es que se hace necesario entender, en el presente escrito, cómo se materializa el reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes en cada uno de los modelos, para así concluir, si efectivamente en cada uno de los modelos pensionales existentes, se da o no una mayor cobertura respecto al reconocimiento de dicha prestación, para ello se analizará en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay, la garantía de dicha prestación.

---

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. [CIDH], septiembre 26, 2016. Caso Duque vs. Colombia. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)

<sup>52</sup> *Ibidem*.



## Argentina

### Modelo pensional

En Argentina, las normas en materia pensional, de acuerdo con diferentes informes emitidos por la CEPAL y la OIT, dan cuenta de la problemática existente respecto al reconocimiento de prestaciones, tan es así, que desde 1994 hasta el 2008, coexistieron dos regímenes, uno público basado en el sistema de reparto, y uno privado, basado en el sistema de capitalización; “el primero, se encontraba a cargo de ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social), y el segundo, por la Superintendencia de AFJP (Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones)”.<sup>53</sup>

Ya posteriormente, en el 2008, mediante la Ley 26.425, se creó el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), y se eliminó el sistema de capitalización existente durante los períodos de 1994 al 2008. En consecuencia, el modelo pensional actualmente aplicable en Argentina, es el público.

La entidad encargada del reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes en Argentina, será la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

### Denominación

Ya como se señaló previamente, en Argentina existe el modelo pensional público, el cual, tendrá como otros, el objetivo de cubrir contingencias generadas de la vejez, invalidez y muerte; en consonancia con lo expuesto y conforme a la Ley 24.241 de 1993, la prestación tendrá la denominación de “**Pensión por fallecimiento**”<sup>54</sup>.

### Naturaleza jurídica

Las normas aplicables para el reconocimiento de la pensión por fallecimiento serán:

- La Ley 24.241 de 1993
- La Ley 26.425 de 2008

---

<sup>53</sup> Macroeconomía del desarrollo. Serie 208. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en la Argentina – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6dbe87a0-aebb-4273-bcd0-a38b9386da85/content>

<sup>54</sup> Ley 24.241/93, octubre 13, 1993. (Argentina). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>

## De los requisitos de la pensión por fallecimiento

El trabajador fallecido debía cumplir 30 años de aportes para el régimen común.

- Como aportante regular<sup>55</sup>:
  - Haber aportado 30 meses o más dentro de los últimos 36 meses antes de su fallecimiento.
- Como aportante irregular<sup>56</sup>:
  - Haber aportado 18 meses o más dentro de los últimos 36 meses antes de su fallecimiento.
  - Haber aportado 12 meses dentro de los últimos 60 meses antes de su fallecimiento y tener la mitad del total de años exigidos por el régimen común o diferencial. En caso de no cumplir con este requisito como solicitante, puede completar los años de aportes, computando servicios regularizados por alguna de las Moratorias Previsionales.

## De los beneficiarios de la pensión por fallecimiento

De acuerdo con lo determinado en el artículo 53 de la Ley 24.241 de 1993, serán beneficiarios de la pensión por fallecimiento:

***“ARTICULO 53º.** - En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:*

*a) La viuda;*

*b) El viudo;*

*c) La conviviente;*

*d) El conviviente;*

*e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo*

---

<sup>55</sup> Es el/la afiliada/o en relación de dependencia que realizó aportes previsionales durante un mínimo de 30 meses dentro de los 36 meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o del fallecimiento del/de la afiliado/a en actividad. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/jubilaciones\\_pensiones\\_digital\\_nov18.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/jubilaciones_pensiones_digital_nov18.pdf)

<sup>56</sup> Es el/la afiliada/o en relación de dependencia que realizó aportes previsionales durante un mínimo de 18 meses dentro de los 36 meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o del fallecimiento del/de la afiliado/a en actividad. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/jubilaciones\\_pensiones\\_digital\\_nov18.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/jubilaciones_pensiones_digital_nov18.pdf)

*que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.*

*La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad”<sup>57</sup>.*

Adicionalmente, mediante Resolución ANSES 671 del 19 de agosto de 2008, se reconoció la posibilidad de que parejas del mismo sexo, sean entre sí beneficiarias a la pensión de sobrevivientes. En dicha resolución se resolvió que: “Artículo 1° — Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N.º 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público. A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios que establece el Decreto N.º 1290/94 para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen”<sup>58</sup>.

Es de agregar, que de acuerdo con el documento denominado “El rol de la pensión de sobrevivencia en el sistema previsional argentino”<sup>59</sup>, también se señaló, que las leyes 4.349 y 18.037, para los años de 1904 en adelante, permitieron que los padres, tuvieran vocación de beneficiarios de la pensión de fallecimiento, sin embargo, con la Ley 24.241, este beneficio se restringió, lo mismo sucedió respecto a los hermanos del causante para el año de 1940.

## **Del monto de la pensión de sobrevivientes**

De acuerdo con el artículo 98 numeral 3 de la Ley 24.241, el monto será del 70% de lo que le hubiese correspondido cobrar a la persona que falleció, este porcentaje se distribuirá cuando haya simultaneidad de la siguiente manera:

---

<sup>57</sup> Ley 24.241/93, octubre 13, 1993. (Argentina). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>

<sup>58</sup> Resolución 671/08, agosto 19, 2008. Administración Nacional de la Seguridad Social. (Argentina). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-671-2008-143820/texto>

<sup>59</sup> Rofman. R. El rol de la pensión de sobrevivencia en el sistema previsional argentino. Mayo 2022. Obtenido el 27 de marzo de 2024 <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2022/05/DPP-PS-El-rol-de-la-pension-de-sobrevivencia-en-el-sistema-previsional-argentino.pdf>

- “El 70% para la viuda, viudo o conviviente, si no hay hijos con derecho a pensión.
- El 50% para la viuda, viudo o conviviente, si existen hijos con derecho a pensión.
- El 20% para cada hijo. Si no hubiera viuda, viudo o conviviente con derecho a pensión, el porcentaje de cada hijo se incrementará distribuyéndose el 50% en partes iguales.

Además de los porcentajes enunciados se deberán tener en cuenta las siguientes pautas:

- I. Si no hubiere viuda, viudo o conviviente con derecho a pensión, el porcentaje de haber de la pensión del o los hijos establecido en el inciso c) se incrementará distribuyéndose por partes iguales el porcentaje fijado en el inciso b).

Asimismo, en este caso, se presenta el fenómeno del acrecimiento pensional.

De acuerdo con lo anterior, es claro que como para el modelo público existente en Argentina, se reconoce el derecho a la pensión de sobrevivientes; sin embargo, se considera, que respecto a la cobertura, esta no resulta ser tan amplia tal como se verá a continuación en otros países, ejemplo de esto es como para la legislación chilena y/o colombiana, entre otros; adicionalmente, se permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los hijos de crianza, los hijos aportados, los padres, y los hermanos, claro está bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

## Chile

### Modelo pensional

De acuerdo con los antecedentes históricos, en Chile, para el año de 1924, existió un sistema de reparto, traducido en una política pública de previsión social, dicho sistema, fue administrado por cajas previsionales, las cuales señalaban los requisitos para el reconocimiento pensional. Ya posteriormente para el año de 1980, existen dos subsistemas pensionales contributivos, el civil y el militar. La Cepal, realizó un informe denominado “El sistema pensional en Chile, Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera”, en el cual, respecto a los subsistemas existentes señaló: “*El civil*, instituido en 1980, integra la capitalización individual, de contribuciones definidas y prestaciones indefinidas, con un pilar solidario de cargo fiscal creado por la Reforma de Pensiones

de 2008 que asegura niveles mínimos a las y los pensionados pertenecientes a hogares del 60% de menores ingresos. *El militar* es un sistema de reparto de contribuciones y prestaciones definidas, cuyo déficit anual es cubierto por transferencias fiscales, enteradas vía Ley de Presupuesto del Sector Público<sup>60</sup>. Para el año 2008, en Chile, se expidió la Ley 20.255, en la cual se incorporó un pilar solidario con financiamiento estatal.

En Chile, el sistema pensional de acuerdo con lo señalado por la Subsecretaría de Previsión Social, está conformado por tres pilares, siendo el primero, el pilar contributivo obligatorio, el cual está “Basado en la capitalización individual y financiada a través del ahorro individual obligatorio de cada trabajador”<sup>61</sup>. En segundo lugar, se encuentra el Pilar contributivo voluntario, el cual “Permite a los afiliados al sistema de pensiones complementar sus fondos previsionales a fin de mejorar el monto de la pensión final o bien adelantar el momento de la pensión de vejez”<sup>62</sup>. Y en tercer lugar, el Pilar solidario, “Financiado por el Estado y dirigido al 60% más pobre de la población”<sup>63</sup>.

Las entidades encargadas del reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, serán las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). En consecuencia, el modelo pensional aplicable en Chile, es privado.

## Denominación

Ya como se señaló previamente, en Chile existe el modelo pensional privado, el cual, tendrá como otros, el objetivo de cubrir contingencias generadas de la vejez, invalidez y muerte; de acuerdo con lo anterior, y conforme al Decreto Ley n.º 3.500 de 1980, la prestación tendrá la denominación de **“Pensión de sobrevivientes”**.

Respecto a la pensión de sobrevivientes, deberá tenerse en cuenta, si el fallecimiento se da en el contexto laboral, el cual será cubierto por ATEP<sup>64</sup>, o si el

---

60 Macroeconomía del desarrollo. Serie 205. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Chile – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45779-sistema-pensiones-chile-institucionalidad-gasto-publico-sostenibilidad>

61 Subsecretaría de previsión social. Chile. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://previsionsocial.gob.cl/seguridad-social/sistema-de-pensiones/#:~:text=El%20sistema%20de%20pensiones%20chileno,de%20propiedad%20de%20cada%20trabajador>.

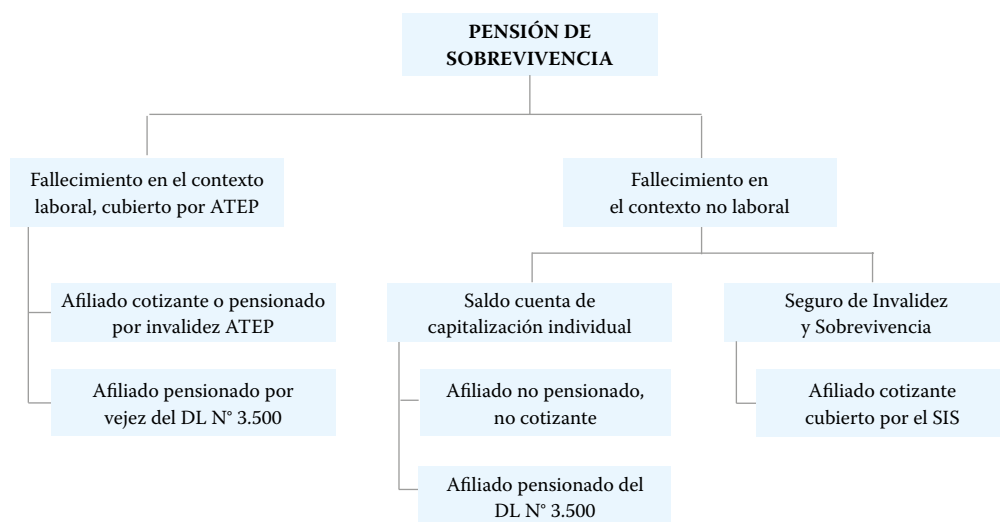
62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

64 Seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

fallecimiento se da en el contexto no laboral. En el primer caso, se deberá tener en cuenta, si el afiliado es cotizante o pensionado por invalidez a ATEP, o si es afiliado pensionado por vejez del DL N° 3.500. En el segundo caso, el reconocimiento se originará del saldo de la cuenta de capitalización individual para el reconocimiento al afiliado no pensionado, no cotizante o, al afiliado pensionado del DL N° 3.500; asimismo, se originará del seguro de invalidez y sobrevivencia, en donde se reconocerá la prestación para el afiliado cotizante cubierto por el SIS. Lo anterior, se ejemplifica de la siguiente manera:

**Figura 1.** Formas de financiamiento de las pensiones de sobrevivencia



Para efectos del presente artículo, solamente se desarrollará lo correspondiente al “Fallecimiento en el contexto no laboral”.

### Naturaleza jurídica

- Decreto Ley n.° 3.500
- Ley n.° 20.255

### De los requisitos de la pensión de sobrevivientes

Respecto al fallecimiento en el contexto no laboral, de origen común, cubierto por el saldo en la cuenta individual del sistema AFP y/o en el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, DL N° 3.500, deberá tenerse en cuenta:

1. Saldo en la cuenta individual del sistema de AFP, Decreto Ley N° 3.500
  - a. Afiliado no pensionado no cotizante: “Para los afiliados al DL N°3.500 que no se encuentren cotizando, que no estén pensionados y que no se encuentren cubiertos por el seguro de Invalidez y Supervivencia (SIS) al momento del siniestro, las pensiones de supervivencia serán financiadas exclusivamente con el saldo total ahorrado por el afiliado fallecido”<sup>65</sup>.
  - b. Afiliado pensionado por el DL N° 3.500: “En el caso de los pensionados del DL N°3.500, los beneficiarios legales, siempre tendrán derecho a una pensión de supervivencia. El monto del beneficio dependerá de la modalidad de pensión vigente al momento del siniestro”<sup>66</sup> Las modalidades vigentes y actuales son:
    - i. Retiro programado
    - ii. Renta vitalicia inmediata
    - iii. Renta temporal con renta vitalicia diferida
    - iv. Renta vitalicia inmediata con retiro programado
2. Seguro de invalidez y supervivencia (SIS) del sistema de AFP, D.L. N° 3.500
  - a. Afiliado cotizante cubierto por el SIS: Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) están obligadas a contratar, en conjunto, un seguro para todos sus afiliados activos. El objetivo del Seguro de Invalidez y Supervivencia (SIS), consiste en entregar beneficios en caso de invalidez o fallecimiento de éstos”<sup>67</sup>.

Adicionalmente, para este segundo contexto, se deberá tener en cuenta:

- Tener menos de 65 años,
- No estar pensionado por el DL N°3.500, y
- Ser clasificado como afiliado activo cubierto: “(i) trabajador dependiente que se encuentre cotizando en una AFP al momento del siniestro; (ii) trabajador dependiente que se encuentre cesante, siempre que el siniestro se produzca dentro de 12 meses desde la última cotización y registre al menos seis meses de cotizaciones en el año anterior; (iii) trabajador independiente que cotiza

---

<sup>65</sup> Subsecretaría de previsión social. Notas Pensiones de Supervivencia. Chile. Junio de 2021. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/publicaciones/notas-ciudadanas/20210622-NOTAS-12-version-web.pdf>

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

voluntariamente o afiliado voluntario que cotizó en una AFP el mes anterior a su muerte o declaración de invalidez; o (iv) trabajador independiente a honorarios que realizó la Declaración Anual de Impuesto a la Renta, quien queda cubierto por 12 meses a contar de julio del año en que se efectuó la declaración”<sup>68</sup>.

Sin embargo, respecto a la pensión de sobrevivientes “el beneficio económico del SIS en caso de sobrevivencia consiste en asegurar un monto de pensión final para los beneficiarios legales del afiliado fallecido, entonces, el SIS, por una única vez, aporta al saldo ahorrado en la cuenta obligatoria del afiliado fallecido el dinero necesario tal que se pueda asegurar una pensión de sobrevivencia bajo la modalidad de Renta Vitalicia sin condiciones especiales para cada beneficiario legal, es decir sobre el 70% del promedio de las remuneraciones de los últimos 10 años”<sup>69</sup>.

## De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Serán beneficiarios bajo el contexto objeto de estudio, esto es, cuando el fallecimiento en el contexto no laboral, se da en el saldo cuenta de capitalización individual y seguro de invalidez y sobrevivencia, los siguientes:

“Artículo 5°.- Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, ***el o la cónyuge o conviviente civil sobreviviente, los hijos de filiación matrimonial, de filiación no matrimonial o adoptivos, los padres y la madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante.*** Cada afiliado deberá acreditar ante la respectiva administradora, la existencia de sus eventuales beneficiarios, por los medios legales pertinentes”<sup>70</sup>.

En lo que concierne a la o el cónyuge sobreviviente, se exige de manera especial en el “Artículo 6°.- El o la cónyuge sobreviviente, para ser beneficiario o beneficiaria de pensión de sobrevivencia, debe haber contraído matrimonio con el o la

---

<sup>68</sup> Subsecretaría de previsión social. Notas Pensiones de Sobrevivencia. Chile. Junio de 2021. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/publicaciones/notas-ciudadanas/20210622-NOTAS-12-version-web.pdf>

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Decreto Ley 3.500/1980, noviembre 13, 1980. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Chile). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7147>



causante a lo menos con seis meses de anterioridad a la fecha de su fallecimiento o tres años, si el matrimonio se verificó siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez. Estas limitaciones no se aplicarán si a la época del fallecimiento la cónyuge se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes”<sup>71</sup>.

Además, respecto al o la conviviente civil, se determina: “Artículo 7°.- Para ser beneficiario o beneficiaria de pensión de sobrevivencia, el o la conviviente civil sobreviviente debe ser soltero, viudo o divorciado y haber suscrito un acuerdo de unión civil que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante, a lo menos con un año de anterioridad a la fecha de dicho fallecimiento, o tres años si el acuerdo de unión civil se celebró siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez. Las limitaciones relativas a la antigüedad del acuerdo de unión civil no se aplicarán si a la época del fallecimiento la conviviente civil sobreviviente se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes”<sup>72</sup>.

En lo concerniente a los hijos, la norma establece: “Artículo 8°- Los hijos para ser beneficiarios de pensión de sobrevivencia, deben ser solteros y cumplir uno de los siguientes requisitos: a) Ser menores de 18 años de edad; b) Ser mayores de 18 años de edad y menores de 24, si son estudiantes de cursos regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior. La calidad de estudiante deberá tenerla a la fecha del fallecimiento del causante o adquirirla antes de los 24 años de edad; y c) Ser inválido, cualquiera sea su edad, en los términos establecidos en el artículo 4°. Para estos efectos, la invalidez puede producirse después del fallecimiento del causante, pero antes de que cumpla la edad máxima establecida en la letra b) de este artículo”<sup>73</sup>. Respecto a la invalidez, se deberá hacer remisión al artículo 11, el cual determina que el grado de invalidez es calificado con las “Normas para la evaluación y calificación del grado de invalidez de los trabajadores afiliados al nuevo sistema de pensiones”<sup>74</sup>.

Finalmente, respecto a los padres, “Artículo 9°.- El padre o la madre de hijos de filiación no matrimonial de la o el causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento: a) Ser solteros o viudos, y b) vivir a expensas del causante”<sup>75</sup> Adicionalmente,

---

71 Decreto Ley 3.500/1980, noviembre 13, 1980. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Chile). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7147>

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*.

el artículo 0, determina que: “A falta de las personas señaladas en los artículos anteriores, los padres tendrán derecho a pensión de sobrevivencia siempre que a la época del fallecimiento del afiliado sean causantes de asignación familiar, reconocidos por el organismo competente”<sup>76</sup>.

En Chile de manera específica, todavía no se da la regulación y/o el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

## Del monto de la pensión de sobrevivientes

Respecto al fallecimiento en el contexto no laboral, de origen común cubierto por el saldo en la cuenta individual del sistema AFP y/o en el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, DL N° 3.500, los siguientes son los porcentajes de reconocimiento de la pensión:

**Tabla 1:** Porcentaje válido para cada uno de los beneficiarios legales del DL N° 3.500

Beneficiario legal	Porcentaje
Viuda sin hijos con derecho a pensión	60%
Viuda con hijos con derecho a pensión	50%
Madre de filiación no matrimonial sin hijos con derecho a pensión	36%
Madre de filiación no matrimonial con hijos con derecho a pensión	30%
Conviviente de unión civil sin hijos comunes ni del causante con derecho a pensión	60%
Conviviente de unión civil con hijos comunes con derecho a pensión (con o sin hijos del causante)	50%
Conviviente de unión civil cuando solo existen hijos del causante con derecho a pensión	15%
Hijos de hasta 18 años o 24 años, si están estudiando	15% a c/uno
Hijos inválidos parciales que cumplan 24 años	11% a c/uno
Padre que cause asignación familiar	50%

En consecuencia, para el caso del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en Chile, se presentará la figura de la distribución y el acrecimiento.

Por último, respecto a la pensión de sobrevivientes en Chile, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

<sup>76</sup> Decreto Ley 3.500/1980, noviembre 13, 1980. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Chile). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7147>

- La pensión de sobrevivientes y de vejez son compatibles en Chile.
- Si una persona es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero se vuelve a casar, no por esto pierde el beneficio.
- Un cónyuge divorciado, no tiene derecho de recibir la prestación.
- La regulación de la pensión de sobrevivencia como consecuencia de un accidente o enfermedad laboral, se materializa a través de lo dispuesto en la Ley N° 16.744.

En conclusión, en Chile, son diferentes los factores a tener en cuenta, el primero de ellos, hace referencia a quienes tienen vocación de beneficiarios, pues comparada esta legislación con otras, se puede evidenciar, como la cobertura es mayor, permitiendo el reconocimiento a los padres, claro está cumpliendo ciertos requisitos; ahora bien, dicho lo anterior, lo inquietante respecto al reconocimiento de esta prestación en esta legislación, tiene que ver en lo que respecta al monto de reconocimiento, pues, a pesar de que por ejemplo, comparada con la legislación Argentina, esta tenga una mayor cobertura, el monto en el reconocimiento resulta ser inferior, siendo el porcentaje más alto el 60% para la cónyuge sin hijos, lo que se reitera, resulta ser inferior, ya que por ejemplo, en otras legislaciones, se reconoce la pensión de sobrevivientes sobre el 70% o el 75%.

## Colombia

### Modelo pensional

En Colombia, al igual que en otras legislaciones analizadas previamente, se habla de un contexto histórico, bajo el cual se reconocieron un conjunto de prestaciones, es así como en Colombia, particularmente se puede partir de los años 1945 y 1946, cuando respectivamente nacieron CAJANAL<sup>77</sup> y el ICSS<sup>78</sup>, entidades creadas para dicho momento histórico, encargadas del reconocimiento de prestaciones, que tendrían por finalidad, el cubrimiento de contingencias relacionadas con la vejez, invalidez y la muerte.

Ya posteriormente, se da la Constitución Política de 1991, en cuyo artículo 48 se reconoce, la seguridad social como un servicio público y como un derecho humano fundamental. Particularmente, para el año de 1993, se crea la Ley 100 de 1993, modificada en la Ley 797 de 2003, al amparo de la cual, se reorganiza

---

<sup>77</sup> Caja Nacional de Previsión Social.

<sup>78</sup> Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

el sistema en un cuerpo normativo, del que hacen parte unos subsistemas, el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Laborales; el primer subsistema, como de su nombre se puede inferir, estará encargado del reconocimiento de prestaciones, a través claro está, de dos regímenes pensionales que coexisten pero son excluyentes, siendo el primero, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, en Colombia hay un modelo mixto excluyente, administrado el primer régimen por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, una entidad netamente pública. Mientras que el segundo régimen, es administrado por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, (sociedades anónimas) de carácter privado.<sup>79</sup>

## Denominación

De acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada en la Ley 797 de 2003, la denominación de la prestación será la de ***“Pensión de sobrevivientes”***.

En consecuencia, la prestación y su materialización, se estudiará desde los dos regímenes pensionales, esto es el RPM y el RAIS.

## Naturaleza jurídica

- Ley 100 de 1993
- Ley 797 de 2003

## De los requisitos de la pensión de sobrevivientes

Para determinar los requisitos del reconocimiento de la prestación, de manera particular, deberán analizarse dos contextos, esto es, cuando quien fallece tiene la calidad de afiliado al sistema, y cuando quien fallece tiene la calidad de pensionado en el sistema. En el primer caso, el causante debió haber cotizado como mínimo cincuenta semanas dentro de los últimos tres años antes de su fallecimiento, sino se cumple con este requisito, dependiendo del régimen en

---

<sup>79</sup> Macroeconomía del desarrollo. Serie 206. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Colombia – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a0dff533-bcc0-46f4-a9d4-17612131bfd4/content>

donde se encuentre, se materializará lo que se conoce como la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes. Adicionalmente, se requerirá tener vocación de beneficiario, y por ende, cumplir los presupuestos normativos de la Ley 100 de 1993, modificada en la Ley 797 de 2003.

## De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Conforme se señala en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, serán beneficiarios:

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones “compañera o compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o *la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero perma-*

nente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. *La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de *invalidéz*. Para determinar cuando hay *invalidéz*, se aplicará el criterio previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este;

e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

**PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil<sup>80</sup>.

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana, podrán ser beneficiarias entre sí las parejas del mismo sexo, más aún por el fallo en el caso Duque Vs. Colombia. Asimismo, estos requisitos serán aplicables tanto en uno como otro régimen.

---

<sup>80</sup> Ley 100/93, diciembre 23, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.148. (Colombia). Obtenido el 27 de marzo de 2024. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

## **Del monto de la pensión de sobrevivientes**

El monto de la pensión será en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida:

**“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”<sup>81</sup>.

En lo que respecta al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el Estado garantizará una pensión mínima, la cual no será inferior a un salario mínimo mensual vigente, en consonancia con el principio de solidaridad. En lo que atañe a la financiación, en este régimen, el artículo 77 señala:

**“ARTÍCULO 77. FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES.**

1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.

---

<sup>81</sup> *Ibidem.*

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en razón de cotizaciones voluntarias, no integrará el capital para financiar las pensiones de sobrevivientes generadas por muerte de un afiliado, salvo cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de sobrevivientes. Dicho monto podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

2. Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado, se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento.

Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

**PARÁGRAFO.** Los sobrevivientes del afiliado podrán contratar la pensión de sobrevivientes con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo<sup>82</sup>.

Adicionalmente, la materialización de la prestación se podrá dar a través de algunas de las modalidades dispuestas en dicho régimen, esto es:

1. Retiro programado
2. Renta vitalicia
3. Retiro Programado con Renta vitalicia diferida
4. Retiro programado sin negociación del bono pensional a cargo de la AFP.
5. Renta temporal variable con renta vitalicia diferida.
6. Renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.
7. Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto a cargo de la aseguradora.

---

<sup>82</sup> Ley 100/93, diciembre 23, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.148. (Colombia). Obtenido el 27 de marzo de 2024. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)



En lo atinente a la pensión de sobrevivientes en Colombia, se presentará la figura del acrecimiento y distribución de la pensión de sobrevivientes.

Colombia, de manera especial como ya se señaló previamente, tiene un modelo mixto pensional, en el cual coexisten dos regímenes pero estos son excluyentes. Respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se puede determinar que, comparada con otras legislaciones y/o modelos pensionales, en Colombia la cobertura en lo que concierne al reconocimiento resulta ser mayor, pues se permite el reconocimiento, a la o el cónyuge y/o compañeros permanentes, (de manera simultánea), a los hijos, bajo sus diferentes modalidades, esto es, los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años hasta los 25, los hijos adoptivos, los hijos inválidos, los hijos de crianza y los hijos aportados; los padres y los hermanos.

Aunado a ello, desde el 2008, se reconoce vía jurisprudencial, la posibilidad de que parejas del mismo sexo tengan derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a ello, se le debe agregar de manera especial, lo referente al caso Duque Vs. Colombia que fue desarrollado en uno de los capítulos del presente escrito. Otro de los avances para tener en cuenta, será lo referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las parejas poliamorosas, pues ya la Corte Suprema de Justicia en Colombia, desde el 2022, habló de la posibilidad de su reconocimiento a través de la sentencia SL 2151 de 2022.

En lo que concierne al monto del reconocimiento de la pensión, en la legislación colombiana el reconocimiento resulta ser mayor, comparado con otras legislaciones y/o modelos pensionales.

## Uruguay

### Modelo pensional

En Uruguay, existen entidades públicas y privadas encargadas del reconocimiento prestacional, en este caso, dichas entidades actúan de manera armónica con la finalidad de garantizar pensiones. En los años noventa, en Uruguay, existía un sistema de capitalización individual con las características ya mencionadas previamente; sin embargo, de acuerdo con los nuevos contextos sociales, ha habido cambios en dicho modelo, bajo el cual, ha sido reconocido como uno de los mejores en Latinoamérica.

De acuerdo con un informe de la CEPAL, “El sistema de jubilaciones y pensiones uruguayo está compuesto por un bloque principal y un conjunto de

subsistemas paralelos. Mientras el primero nuclea a la mayoría de los trabajadores cotizantes y pasivos, los subsistemas paralelos cubren a los trabajadores activos y pasivos correspondientes a sectores específicos de actividad. En todos los casos, los subsistemas son obligatorios para los trabajadores de los sectores involucrados y están regidos por normas legales y reglamentarias especiales”<sup>83</sup>.

En consecuencia, a continuación se muestra cómo se conforma el modelo uruguayo:

**Diagrama 1. Institucionalidad de la Seguridad Social en Uruguay**



Fuente: Elaboración propia a partir de información sistematizada por el Observatorio de Seguridad Social de CINVE y publicada en Zunino, et al. (2019) “presente y futuro del sistema de seguridad social en Uruguay. Desafíos ante la transición demográfica y el cambio tecnológico

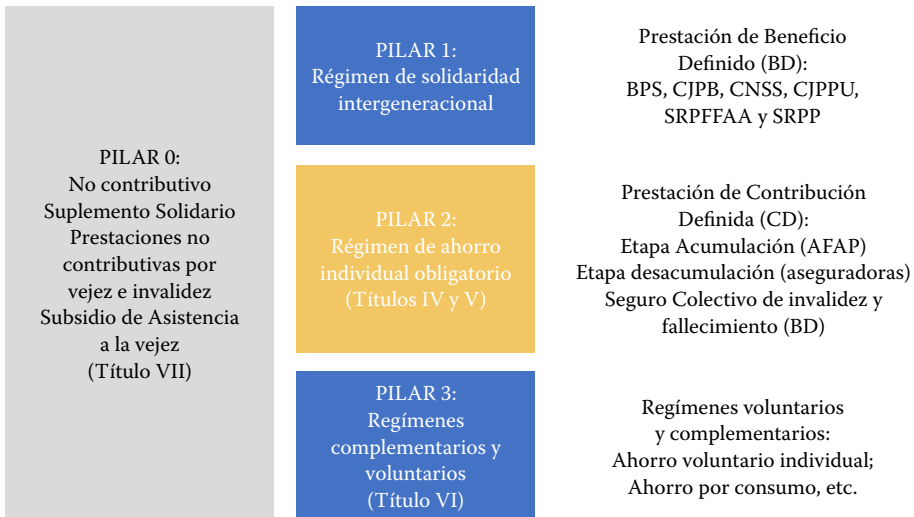
En Uruguay, se introdujo el modelo mixto complementario, con la Ley N° 20.130, la cual, establece la creación de un Sistema Previsional Común (SPC), en el que confluirán todas las entidades previsionales. Sumado a lo acotado, el Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay señala:

“El nuevo régimen será de naturaleza mixta de forma obligatoria, es decir, obligatoriamente los trabajadores realizarán sus aportes al BPS y a una AFAP independientemente de la edad y el salario. En otras palabras, será obligatorio

<sup>83</sup> Macroeconomía del desarrollo. Serie 204. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Uruguay – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/f2288ab1-3bb8-4bd0-b2bb-d8882042b2db/content>

participar del pilar de reparto o régimen de solidaridad (PILAR 1) y del pilar de ahorro individual (PILAR 2). La prestación obtenida a partir de estos dos pilares podrá ser suplementada por los regímenes de ahorro voluntario (art. 9 y Título VI) y por el suplemento solidario (Capítulo IV del Título VII). El suplemento solidario, como se explica más adelante, forma parte de un PILAR 0 no contributivo que busca garantizar un nivel de prestación mínima para los beneficiarios (Título VII de la Ley). Asimismo, también integran este pilar las prestaciones no contributivas por vejez e invalidez y el subsidio de asistencia a la vejez previsto en la Ley N° 18.241, de 27 de diciembre de 2007”<sup>84</sup>.

Lo cual se resume así:



## Denominación

De acuerdo con lo establecido en la Ley 20.130, modificada en el Decreto N° 229/023, la denominación de la prestación será la de **“Pensión de sobrevivencia”**.

En Uruguay, el pasado 1° de agosto de 2023, mediante decreto, se modificó el tema referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia.

<sup>84</sup> Ministerio de Economía y finanzas. Exposición de motivos. RC 2022. Aspectos a destacar del nuevo régimen (Ley N° 20.130). Obtenido el 27 de marzo de 2024 <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/comunicacion/publicaciones/exposicion-motivos-rc-2022/7-reforma-seguridad-social/74-aspectos>

## **Naturaleza jurídica**

- Ley 20.130
- Decreto N° 229/023
- Ley 16.713

## **De los requisitos de la pensión de sobrevivientes**

La Ley 20.130, modificada en el Decreto 229 de 2023, determina unas causales de pensión:

“A) La muerte de la persona afiliada activa o jubilada.

B) La declaratoria judicial de ausencia de la persona afiliada activa o jubilada.

C) La desaparición de la persona afiliada jubilada, con causal jubilatoria o en actividad en un siniestro conocido de manera pública y notoria, previa información sumaria.

La pensión se abonará desde la fecha del siniestro y caducará desde el momento en que el causante apareciera con vida o no se obtuviera la declaración de ausencia dentro de los dos años siguientes a la fecha en que esta pudo solicitarse. En tales casos, la entidad gestora podrá disponer la devolución de lo pagado.

D) La muerte de la persona afiliada en actividad durante el período de amparo en cualquiera de los subsidios de inactividad compensada (maternidad, cambio temporario de actividades, paternidad, enfermedad, desempleo, incapacidad parcial o especial, etcétera) o de renta temporaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, o dentro de los doce meses inmediatos siguientes al cese de alguna de las prestaciones referidas, o al cese de la actividad cuando no fuere beneficiario de ninguna de ellas.

También causará pensión el profesional universitario afiliado a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios a cuyo respecto se verifiquen las circunstancias previstas en los literales A), B) y C) de este artículo dentro de los doce meses inmediatos siguientes al comienzo del no ejercicio libre declarado por aquel.

E) La muerte de la persona afiliada después de doce meses del cese en la actividad o, en su caso, de la declaración de comienzo del no ejercicio libre profesional cuando no se encuentre comprendido en las situaciones

previstas en el literal anterior, siempre que se compute como mínimo diez años de servicios y sus causahabientes no fueran beneficiarios de otra pensión generada por el mismo causante.

En caso de personas afiliadas a distintos institutos previsionales o sectores de afiliación, las causales referidas precedentemente se aplicarán de forma independiente por cada régimen o sector comprendido, sin perjuicio de la acumulación que pudiera corresponder”<sup>85</sup>.

**El artículo 6, del Decreto 229 de 2023, señala los siguientes requisitos:**

“A) El causante cuente con un mínimo de dos años de servicios computables o, en el caso del menor de veinticinco años de edad, con seis meses inmediatamente previos a la causal, salvo que el fallecimiento sea a causa o en ocasión del trabajo, en cuyo caso no se requerirá tiempo de servicio mínimo.

B) El vínculo matrimonial, en el caso de las personas viudas y divorciadas, tuviere una existencia mínima de dos años o, en el caso de vínculo concubinario, tuviere una existencia mínima de cinco años, incluyéndose, si fuere el caso, los años de matrimonio o concubinato previo que tuvieren el causante y la persona beneficiaria.

La antigüedad en el vínculo matrimonial o en la unión concubinaria no se exigirá cuando existan hijos en común.

C) En el caso de las personas divorciadas deberán justificar, además de los requisitos de los literales A) y B) del presente artículo, que gozaban a la fecha de fallecimiento del causante de pensión alimenticia servida por su ex cónyuge, decretada u homologada judicialmente.

D) Se verifique carencia de recursos, dependencia o interdependencia económica de la persona beneficiaria respecto de la persona causante, sin perjuicio de las condiciones de ingresos aplicables”<sup>86</sup>.

En lo que respecta a la convivencia de concubinas y las condiciones de derecho, estas se encuentran identificadas en los artículos 10 y 11 del mismo Decreto.

---

<sup>85</sup> Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

<sup>86</sup> Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

**Respecto a los requisitos de los hijos, en el artículo 18 determina:**

Tendrán derecho a pensión:

A) Los hijos menores de veintiún años de edad, excepto cuando se trate de mayores de dieciocho años de edad que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de este Decreto.

B) Los hijos mayores de veintiún años de edad hasta cumplir los veintitrés años, siempre que se acredite la realización de estudios terciarios de manera habitual, salvo que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de este Decreto. Se entiende por estudios terciarios aquellos realizados en institutos de enseñanza públicos o privados habilitados o autorizados con carreras reconocidas por el Ministerio de Educación y Cultura. Los mecanismos de acreditación de la habitualidad en la realización de los estudios por el beneficiario serán establecidos por cada organismo previsional.

C) Los hijos mayores de dieciocho años de edad absolutamente incapacitados para todo trabajo y que no dispongan de medios suficientes para su congrua y decente sustentación.

Las referencias a hijos comprenden el parentesco legítimo, natural o por adopción plena (artículo 137 de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 5o de la Ley N° 19.092, de 17 de junio de 2013)<sup>87</sup>.

***Asimismo, en lo que concierne a los requisitos de los padres, el artículo 23 expresamente determina:***

(Condiciones del derecho de la pensión a favor de hijos y padres).- Se generará derecho a pensión, conforme las siguientes condiciones:

A) De los hijos del causante: cualquiera fuera el tiempo de servicios reconocidos o acreditados en la historia laboral del causante.

B) De los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo: cuando acrediten la dependencia económica del causante de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del presente Decreto o la carencia de ingresos suficientes y que el causante compute un mínimo de tres años de servicios, salvo que el fallecimiento sea a causa o en ocasión del trabajo.

---

<sup>87</sup> *Ibidem.*

La carencia de ingresos suficientes se considerará acreditada cuando los ingresos por todo concepto no superen el monto de la pensión no contributiva por vejez.

C) Los hijos adoptivos y padres adoptantes al amparo de los artículos 243 a 251 del Código Civil, cuando acrediten haber integrado, de hecho, un hogar común con el causante, conviviendo en su morada y constituyendo con el mismo una unidad moral y económica similar a la de la familia, siempre que esta situación fuese notoria y preexistente en cinco años por lo menos, a la fecha de configurar la causal pensionaria, aun cuando el cumplimiento de las formalidades legales de adopción fuese más reciente. Cuando la causal pensionaria se opere antes que el adoptado haya cumplido los diez años de edad, se exigirá que el beneficiario haya convivido con el causante la mitad de su edad a dicha fecha. El goce de esta pensión es incompatible con el de la causada por vínculo de consanguinidad, pudiendo optar el interesado por una u otra”.<sup>88</sup>

## **De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes**

El artículo 5 del Decreto 229 de 2023, señala (Pensión de viudez y equiparadas).- Tendrán derecho a la pensión de viudez y equiparadas:

“A) Las personas viudas.

B) Las personas concubinas: Artículo 7 del Decreto 229 de 2023: “Se entiende por concubinos a los efectos de la presente sección a las personas que, hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dirimientes establecidos en los numerales 1), 2), 4) y 5) del artículo 91 del Código Civil, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley N° 18.246, de 27 de diciembre de 2007”<sup>89</sup>.

C) Las personas divorciadas.

---

<sup>88</sup> Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

<sup>89</sup> Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

A su turno, el artículo 18 del Decreto 229, señala a los hijos:

“A) Los hijos menores de veintiún años de edad, excepto cuando se trate de mayores de dieciocho años de edad que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de este Decreto.

B) Los hijos mayores de veintiún años de edad hasta cumplir los veintitrés años, siempre que se acredite la realización de estudios terciarios de manera habitual, salvo que dispongan de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de este Decreto. Se entiende por estudios terciarios aquellos realizados en institutos de enseñanza públicos o privados habilitados o autorizados con carreras reconocidas por el Ministerio de Educación y Cultura. Los mecanismos de acreditación de la habitualidad en la realización de los estudios por el beneficiario serán establecidos por cada organismo previsional.

C) Los hijos mayores de dieciocho años de edad absolutamente incapacitados para todo trabajo y que no dispongan de medios suficientes para su congrua y decente sustentación.

Las referencias a hijos comprenden el parentesco legítimo, natural o por adopción plena (artículo 137 de la Ley n.º 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 5o de la Ley n.º 19.092, de 17 de junio de 2013).<sup>90</sup>

Respecto a los hijos menores de 21 años, mayores hasta los 23 años e incapacitados, su definición está en el artículo 27.

Y el artículo 22, señala a los padres: “Tendrán derecho a pensión los padres absolutamente incapacitados para todo trabajo. La referencia a padres comprende el parentesco legítimo, natural o por adopción.”<sup>91</sup>

Igualmente, la prestación se reconocerá para parejas del mismo sexo, en atención a lo establecido en el artículo 7º del Decreto 229, el cual modifica los artículos 11 y 46 de la Ley n.º 20130.

---

<sup>90</sup> *Ibidem.*

<sup>91</sup> *Ibidem.*



## Del monto de la pensión de sobrevivientes

“El artículo 25 del Decreto 229, señala: (Asignación de pensión).- El haber de pensión base será, en todos los casos, el siguiente:

A) Si se trata exclusivamente de personas viudas, concubinos o hijos del causante, el 66% (sesenta y seis por ciento) del sueldo básico de pensión. En caso de concurrencia entre personas viudas, concubinas, divorciadas o padres e hijos del causante el 75% (setenta y cinco por ciento) del sueldo básico de pensión.

En el caso de la persona divorciada será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior.

B) Si se trata exclusivamente de personas divorciadas, o padres del causante, el 50% (cincuenta por ciento) del sueldo básico de pensión, sin perjuicio de lo dispuesto en el último inciso del artículo precedente.

Los porcentajes de asignación de pensión indicados en el presente artículo aplicarán también a las pensiones de sobrevivencia generadas por beneficiarios de la Pensión Especial Reparatoria establecida por la Ley N° 18.033, de 13 de octubre de 2006<sup>92</sup>.

En conclusión, puede determinarse que, la cobertura en Uruguay suele ser amplia, pero no tan amplia como por ejemplo se da en Colombia; sin embargo, comparada con el modelo público de Argentina y el modelo privado de Chile, resulta ser mayor. Ahora bien, respecto al monto del reconocimiento comparada con las otras tres legislaciones y los otros tres modelos, claramente, el porcentaje para el reconocimiento resulta ser el más alto siempre y cuando, frente al orden de reconocimiento, concurren las personas viudas, concubinas, divorciadas o padres e hijos del causante, pues frente a este caso, el porcentaje aumentará hasta un 75%, siendo mayor, comparado con la legislación colombiana. Ahora bien, se llega a esta conclusión toda vez que, si bien, el porcentaje para el reconocimiento en Colombia para la pensión de sobrevivientes, en el caso cuando quien fallece tiene la calidad de afiliado al sistema es del 75%, solamente habrá concurrencia, respecto a los cónyuges, compañeros permanentes e hijos.

---

<sup>92</sup> Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

## Conclusiones

- Claro es que para entender en qué consiste la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, es necesario entender el concepto de familia, pero sobre todo el concepto de solidaridad familiar, pues este criterio permite entender la finalidad propia de dicha prestación en el mundo.
- De acuerdo con los modelos pensionales existentes en el mundo, es claro como para los Estados, es importante el reconocimiento de ciertas prestaciones, sobre todo en lo que respecta a las prestaciones que tienen por finalidad la protección de la familia.
- Tanta es la importancia que merece el reconocimiento de la pensión de viudedad y/o sobrevivientes, que es reconocida por una variedad de instrumentos internacionales, los cuales, reiteran a los Estados y a la sociedad en general, la importancia del concepto de familia y sobre todo de la solidaridad entre los integrantes de la familia. Tan es así, que en caso *Duque vs. Colombia*, reitera la importancia del reconocimiento de la prestación en términos de igualdad y no discriminación.
- Los modelos pensionales, son claramente un conjunto de pautas que deciden seguir los Estados para la garantía y reconocimiento de derechos en materia de seguridad social, son tan relevantes que a la actualidad existen cuatro modelos pensionales que tienen por objetivo garantizar la prestación; sin embargo, resulta ser que en algunas legislaciones, aplicar un modelo u otro en cierta medida, resulta ser insuficiente, de allí que los Estados, creen nuevas políticas para el reconocimiento prestacional.
- Argentina, tiene un modelo público, un sistema de reparto, en el cual, claramente se reconoce la prestación; no obstante, el listado para aquellos que puedan tener vocación de beneficiarios se ve reducido, comparado con otras legislaciones como lo son la colombiana o uruguaya; con todo, es interesante como se da el reconocimiento en materia pensional para parejas del mismo sexo.
- Chile, tiene un modelo privado, un sistema de capitalización, en el cual, al igual que en otras legislaciones, se garantiza la cobertura generada por la muerte. Para cada caso, deberá tenerse en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, y como estos no resultan ser tan claros, en lo que concierne al reconocimiento de parejas del mismo sexo. Ahora, resulta tener un listado de beneficiarios más amplio comparado con Argentina. Sin embargo, el monto en el reconocimiento resulta ser inferior.

- Colombia, tiene un modelo mixto, excluyente, en donde coexisten dos regímenes pensionales cada uno con requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. El listado de beneficiarios resulta, de igual modo ser amplio, y de acuerdo con la lectura de la norma, permite determinar la simultaneidad al momento de que cónyuges o compañeros permanentes puedan ser beneficiarios de la prestación, asimismo, esta legislación, permite que los hermanos inválidos, puedan llegar a tener derecho al reconocimiento, claro está, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Adicionalmente, no deberá perderse de vista, la posibilidad de que las parejas poliamorosas, puedan llegar a tener derecho. Finalmente, el monto de reconocimiento resulta ser más alto comparado con Argentina y Chile respectivamente.
- Uruguay, tiene un modelo mixto, armónico, en el cual entidades de carácter público y privado, tienen un objetivo en común, esto es, garantizar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, tan es así, que para el año 2023, se creó una norma que modificó las disposiciones en materia pensional para la pensión de sobrevivientes, y aclaró, quienes tienen vocación de beneficiarios, la simultaneidad que podría existir, y los requisitos que deben cumplir “viudas”, “viudos”, “concubinas”, “concubinos”; de manera expresa señala, la posibilidad del reconocimiento de la prestación a parejas del mismo sexo, contrario en Argentina, donde esto se determinó a través de una resolución, en Chile resulta no ser claro y, en Colombia, su reconocimiento se da a través del precedente de la Corte Constitucional. Sumado a todo lo anterior, el porcentaje en el reconocimiento de la prestación, también resulta ser mejor.
- En conclusión, comparados los cuatro modelos y los cuatro países, se puede determinar que, en los modelos bajo los cuales se da mayor cobertura, será en el modelo mixto excluyente y en el modelo mixto de pilares. Sin embargo, claro es que, se considera, a título personal que, lo referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dependerá de las nuevas realidades sociales a las cuales estará sujeta la interpretación de los legisladores y los jueces para cada legislación en particular.

## Referencias

Aristizábal, D. (2008). De la pensión de sobrevivientes un estudio del derecho a las relaciones simultáneas. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/18413530-3b29-44de-afea-63b35dd48c24/content>

BBVA (2019, 07 de enero). Pensiones: Sistema de reparto vs sistema de capitalización. BBVA mi jubilación. <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/pensiones-sistema-de-reparto-vs-sistema-de-capitalizacion.html>

Código Iberoamericano de la Seguridad Social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO\\_IBEROAMERICANO2.pdf](https://www.oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/CODIGO_IBEROAMERICANO2.pdf)

Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/2070/2071#:~:text=El%20Convenio%20Multilateral%20Iberoamericano%20de,suscriban%20el%20Acuerdo%20de%20Aplicaci%C3%B3n>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf)

Convención sobre los derechos del niño. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf)

Convenio 102 de la OIT. Sobre la seguridad social. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C102](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102)

Convenio 118 de la OIT. Sobre la igualdad de trato. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312263](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312263)

Convenio 128 de la OIT. Sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C128](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128)

Corte Constitucional [CC], noviembre 19, 2003. M.P.: J. Córdoba. Sentencia C 1094/03. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=11659&dt=S>

Corte Constitucional [CC], abril 16, 2008. M.P.: C. Vargas. Sentencia C 336/08. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

Corte Constitucional [CC], julio 21, 2010. M.P.: L. Vargas. Sentencia T 577/10. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-577-10.htm>

Corte Constitucional [CC], enero 27, 2014. M.P.: L. Guerrero. Sentencia T 018/14. (Colombia). Obtenido el 27 marzo de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-018-14.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. [CIDH], septiembre 26, 2016. Caso Duque vs. Colombia. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido el 26 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Decreto Ley 3.500/1980, noviembre 13, 1980. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Chile). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7147>

Decreto 229/23, julio 31, 2023. Presidente de la República. (Uruguay). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/229-2023>

Ley 24.241/93, octubre 13, 1993. (Argentina). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>

Ley 100/93, diciembre 23, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.148. (Colombia). Obtenido el 27 de marzo de 2024. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Macroeconomía del desarrollo. Serie 204. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Uruguay – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/f2288ab1-3bb8-4bd0-b2bb-d8882042b2db/content>

Macroeconomía del desarrollo. Serie 205. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Chile – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45779-sistema-pensiones-chile-institucionalidad-gasto-publico-sostenibilidad>

Macroeconomía del desarrollo. Serie 206. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en Colombia – Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a0dff533-bcc0-46f4-a9d4-17612131bfd4/content>

Macroeconomía del desarrollo. Serie 208. Organización de Naciones Unidas. (2020). El sistema de pensiones en la Argentina – Institucionalidad, gasto público y

sostenibilidad financiera. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6dbe87a0-aebb-4273-bcd0-a38b9386da85/content>

Martínez Cifuentes, Juan. (2009). *La Pensión de Sobrevivientes*. Bogotá D.C., Colombia: Temis. p. 21.

Ministerio de Economía y finanzas. Exposición de motivos. RC 2022. Aspectos a destacar del nuevo régimen (Ley N° 20.130). Obtenido el 27 de marzo de 2024 <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/comunicacion/publicaciones/exposicion-motivos-rc-2022/7-reforma-seguridad-social/74-aspectos>

Mora, B. (2012). Solidaridad familiar y resiliencia. Documento de trabajo social: Revista de trabajo y acción social, 99-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4642122>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido el 27 de marzo de 2024. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf)

Resolución 671/08, agosto 19, 2008. Administración Nacional de la Seguridad Social. (Argentina). Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-671-2008-143820/texto>

Rodríguez, R. (2020). Familia, seguridad social y parejas del mismo sexo. Libro electrónico: <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/19464/Familia%2C%20seguridad%20social%20y%20parejas%20del%20mismo%20sexo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rofman. R. El rol de la pensión de sobrevivencia en el sistema previsional argentino. Mayo 2022. Obtenido el 27 de marzo de 2024 <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2022/05/DPP-PS-El-rol-de-la-pension-de-sobrevivencia-en-el-sistema-previsional-argentino.pdf>

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2018. Expediente 4160-16. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

Sentencias T-190 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, T-553 de 1994 MP José Gregorio Hernández Galindo, C-389 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero, C-002 de 1999 MP Antonio Barrera Carbonell, C-080 de 1999 MP Alejandro Martínez Caballero, C-617 de 2001 MP Álvaro Tafur Galvis, C-1176 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-049 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1094 de 2003.

Subsecretaría de Previsión Social. Chile. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://previsionsocial.gob.cl/seguridad-social/sistema-de-pensiones/#:~:text=El%20sistema%20de%20pensiones%20chileno,de%20propiedad%20de%20cada%20trabajador>

Subsecretaría de Previsión Social. Notas Pensiones de Sobrevivencia. Chile. Junio de 2021. Obtenido el 27 de marzo de 2024. <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/publicaciones/notas-ciudadanas/20210622-NOTAS-12-version-web.pdf>

Torres, L. A. (2023, 26 de mayo). Modelos pensionales públicos, privados o mixtos. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/modelos-pensionales-publicos-privados-o-mixtos>

Vazzano, F. (2021). La solidaridad en el sistema del derecho de familias. Especiales consideraciones sobre el Código Civil y Comercial. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/N° 51-2021. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386. <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11672>





## Procedencia de la pensión de vejez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa<sup>1</sup>

*Sandro José Jácome Sánchez<sup>2</sup>*

- 
- <sup>1</sup> Este documento académico fue presentado como ponencia en el V Congreso Internacional de la Seguridad Social y el Mundo del Trabajo, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Bogotá en el mes de septiembre de 2023, realizado en la Seccional Pereira.
  - <sup>2</sup> Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca; abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta; docente y Secretario Seccional de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta; conjuer de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta; especialista en: Derecho de Trabajo, Seguridad Social y Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (España); *magister* en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo, de la Universidad Externado de Colombia.



## Introducción

Este documento, abordará la noción del principio de la condición más beneficiosa que ha venido construyendo la doctrina nacional, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, teniendo como soporte normativo, el párrafo final del artículo 53 de la Constitución Política. Se estudiará la procedencia de este principio, fundado en razones de respeto a las expectativas legítimas en tránsitos normativos, seguridad jurídica, dignidad humana y atendiendo a que, el Derecho del Trabajo a través de este postulado, permite la aplicación de normas derogadas con efectos ulteriores.

En línea con lo anterior, se mostrará como las Altas Cortes, entienden que, el postulado de *“La condición más beneficiosa está llamada a operar en aquellos casos en que se identifique una sucesión de normas, en donde un precepto derogado del ordenamiento recobra vigencia para así mantener el tratamiento obtenido de su aplicación por conducir a un escenario más beneficioso para el trabajador que aquel que resultaría de emplear la regulación legal que la sustituyó”* (sentencia T-190 de 2015).

Bajo este entendimiento, en numerosas sentencias, se ha determinado la procedencia de la pensión de invalidez y de sobrevivientes en vigencia de la Ley 100 de 1993, tomando los requisitos del Decreto 758 de 1990, a pesar de estar derogado, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En el mismo sentido, se han reconocido pensiones de sobrevivientes y de invalidez en vigencia de las leyes 787 de 2003 y 860 de 2003, respectivamente, aplicando los requisitos de causación de estas pensiones, contenidas en la Ley 100 de 1993, a pesar de que los mismos fueron derogados.

Aunado a lo anterior, se mostrará el criterio reiterado de las altas Cortes en torno a la no procedencia del principio de la condición más beneficiosa, tratándose de las pensiones de vejez, bajo el entendido de que, en los casos donde se ha expuesto este criterio, se ha explicado la improcedencia justificada en la existencia del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993 que, respecto de la pensión de vejez, protegió las expectativas legítimas de las personas próximas

a pensionarse por vejez antes de la expedición de la mencionada ley de seguridad social.

Esta misma situación, no ocurrió para la protección de los riesgos de invalidez y sobrevivientes, razón por la cual, se ha utilizado el postulado de la condición más beneficiosa para proteger el acceso prestacional de las personas frente a este tipo de contingencias cuando el tránsito legislativo ha afectado sus expectativas legítimas de pensionarse con los requisitos contenidos en los regímenes legales derogados, por ser éstos, más favorables a los vigentes, dada la ausencia de regímenes de transición que cumplan con ese fin protector.

Posteriormente, se indicará como la Ley 797 de 2003, modificó los requisitos mínimos para pensionarse contenidos en la Ley 100 de 1993 y, como a pesar de que significativamente se convirtió el acceso a la pensión de vejez más gravoso para los afiliados al Sistema de Seguridad Social, en este tránsito normativo no se instituyó un régimen de transición que protegiera a las personas próximas a pensionarse, frente al impacto que el cambio normativo produjo respecto de las expectativas legítimas de pensionarse con el régimen pensional anterior más favorable.

El desarrollo de este análisis, finalmente concluirá con la pretensión de demostrar que las razones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para negar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a las pensiones de vejez en el tránsito normativo de los regímenes precedentes a la Ley 100 de 1993, respecto de esta última, ya no pueden ser las mismas para las pensiones de vejez del tránsito normativo generado con la expedición de la Ley 797 de 2003, en razón a que en este último caso, no se previó la creación de un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas de las personas que aspiraban a ser los eventuales beneficiarios de la pensión de vejez, conforme a los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, los cuales eran más favorables que los que el nuevo ordenamiento estableció.

## **Noción del principio de la condición más beneficiosa desde la constitución política de 1991**

Se ha entendido en la jurisprudencia y en la doctrina nacional que, del párrafo final del artículo 53 de la Constitución Política<sup>1</sup> en el cual se indica que, la ley,

---

<sup>1</sup> Al respecto el párrafo final del artículo 53 de la Constitución Política señala “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

los contratos, los convenios y acuerdos de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, se desprende el principio de la condición más beneficiosa, el cual supone que, frente a cambios normativos que merman beneficios laborales de los trabajadores que se encuentran con relaciones de trabajo en curso, estos no pueden ser afectados con las nuevas disposiciones. En tal sentido, deberán seguirse aplicando las disposiciones derogadas para proteger la condición o situación jurídica que legítimamente les prometía un mejor amparo.

Dicho en otras palabras, cuando en el tránsito normativo se disminuyen derechos o se incrementan los requisitos para acceder a los mismos, la aplicación de la condición más beneficiosa permitirá, que las mejores condiciones anteriores de acceso al derecho, se sigan manteniendo a pesar de que han perdido vigencia. Es decir, la condición más beneficiosa es una especie de máquina del tiempo normativa, creada razonablemente para proteger dignidad humana, expectativas legítimas, seguridad jurídica y derechos de los trabajadores en los asuntos del trabajo y la seguridad social.

En el mismo sentido de lo indicado anteriormente, se ha expresado la doctrina nacional frente al principio de la condición más beneficiosa, por ejemplo, recién expedida la Constitución Política de 1991, en torno a este principio, el profesor Francisco Escobar Henríquez, señaló: *“las fuentes de producción normativa laboral carecen de virtualidad para desmejorar la situación jurídica del trabajador. En otros términos, las normas laborales nuevas derogan las precedentes siempre y cuando signifiquen un beneficio para el empleado al que deban aplicarse, con respecto al régimen que éste venía disfrutando, señalando que la condición más beneficiosa supone la confrontación del régimen laboral que viene aplicándose a cierto trabajador con el régimen que pretende reemplazarlo total o parcialmente, ya que éste solo puede tener eficacia jurídica frente al mismo trabajador en caso dado de que resulte beneficiado”*.

La conceptualización que expone el profesor Francisco Escobar Henríquez, coincide con el mismo entendimiento que le han dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al principio de la condición más beneficiosa, por ejemplo, la Corte Constitucional, con relación a este principio, en la sentencia SU442/2016, ha indicado lo siguiente: *“la condición más beneficiosa se desarrolla sobre la base de la certeza, pues el operador jurídico sabe cuál es la norma vigente y cuál, por ende, debería aplicar. Lo que sucede es que, al comprobar que dicha actuación tendría unos efectos desproporcionadamente injustos en un caso particular, acude a una excepción resolviendo la situación con una norma derogada”*.

En ese mismo sentido, en la sentencia T-190-2015, la Corte Constitucional expresó que, *“La condición más beneficiosa supone la existencia de una situación fáctica concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada siempre y cuando sea más favorable al trabajador en comparación con la nueva que habría de aplicársele (...) Puede colegirse que el principio de la condición más beneficiosa puede definirse como una institución jurídica por medio de la cual, frente a un cambio normativo, una disposición legal derogada del ordenamiento recobra vigencia para producir efectos jurídicos en una situación concreta”*.

Igualmente, en la sentencia SU-005-18 se indicó: *“Este principio protege las expectativas legítimas, ante cambios normativos abruptos que impongan requisitos adicionales que impidan o dificulten en extremo la consolidación de un derecho, frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación. Se relaciona con los principios de buena fe (en su expresión de confianza legítima) y favorabilidad”*.

Entendimientos similares a los expuestos anteriormente, también ha tenido la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-228/2011, T-086/2018, SU-556/2019 y SU-299/2022<sup>2</sup>.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con relación a este principio, señaló en la sentencia de Casación 4650-2017: *“La condición más beneficiosa, a no dudarlo, se entiende como un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad del principio de la aplicación general e inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada permanezca vigente en presencia de una situación concreta, materializada en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.*

*(...) Las características del principio de la condición más beneficiosa son: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad, ii) Opera en la sucesión o tránsito legislativo, iii) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediateamente anterior a la vigente al momento del siniestro, iv) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, v) Protege las expectativas legítimas de las personas que poseen una situación jurídica y fáctica concreta y vi) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma”*.

---

<sup>2</sup> En las sentencias C-228/2011, T-086/2018, SU-556/2019 y SU-299/2022, la Corte Constitucional reitera los postulados señalados en el escrito, en razón a que el principio de la condición más beneficiosa protege expectativas legítimas, ante cambios normativos abruptos.

En igual sentido, esta Corporación ha entendido la noción y las características de este principio, entre otras, en las Sentencias SL 2843/20,18 y SL 2078/2022<sup>3</sup>.

## **Parámetros que han tenido en cuenta la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para reconocer pensiones de invalidez y sobrevivientes, aplicando el principio de la condición más beneficiosa**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional aplicando el principio de la condición más beneficiosa, han reconocido pensiones de invalidez y pensiones de sobrevivientes, aplicando los requisitos de causación de estas pensiones, establecidos en regímenes derogados, teniendo en cuenta que estos eran más favorables respecto de los establecidos en las normas vigentes al momento que se solicitaron y se reconocieron estos derechos, ante la imposibilidad de cumplir los requisitos establecidos en las normas actuales.

Acorde con lo expuesto en líneas anteriores, se han reconocido en vigencia de la Ley 100 de 1993, pensiones de invalidez y sobrevivientes con los requisitos establecidos en el derogado Decreto 758 de 1990, ante la imposibilidad de los solicitantes de estas pensiones de cumplir con los requisitos de causación establecidos en la Ley 100 de 1993. De igual forma, se han reconocido pensiones de invalidez con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, en un momento que estos habían sido derogados en la Ley 860 de 2023 y lo mismo ha ocurrido con el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, a pesar de que éstos se encontraban derogados en vigencia de la Ley 797 de 2003.

De la caracterización que han realizado las Cortes antes referidas, del postulado de la condición más beneficiosa, en la Sentencia de Casación SL2078-2022, a modo de características, señaló un derrotero para su aplicación en materia pensional, así<sup>4</sup>:

---

3 En las Sentencias SL 2843/2018 y SL 2078/2022, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, reitera los postulados señalados respecto al principio de la condición más beneficiosa.

4 En las sentencias SL2078-2022, SU 446/2016, T-190/15, C-228/2011, T-086/2018, SU-556/2019 y SU-299/2022, SL 4650/2017, SL 2843/2018 y SL 2078/2022, se reiteran las características señaladas para que opere el principio de la condición más beneficiosa.

- a) “Es una excepción al principio de retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva”.

## **Pensión de vejez y condición más beneficiosa en la jurisprudencia**

Tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias en las que se ha estudiado la procedencia del principio de la condición más beneficiosa para reconocer pensiones de sobrevivientes y de invalidez, han sido reiterativas y enfáticas en sostener que el postulado en mención, no tiene aplicación tratándose de pensiones de vejez.

La postura de la no procedencia del principio de la condición más beneficiosa para reconocer pensiones de vejez, se fundamenta en que las expectativas legítimas que se protegen en aplicación de este principio, atendiendo razones de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y la seguridad social en pensiones como derecho fundamental, fueron protegidas por el legislador con la creación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Este régimen transicional, permitió que las personas que cumplieran con unos requisitos de edad o de semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios a 1° de abril de 1994 (hombres y mujeres 15 años de servicios o su equivalente en semanas de cotización o mujeres con 35 años de edad y hombres con 40 años de edad), pudieran acceder a la pensión de vejez con los requisitos establecidos en los regímenes pensionales que fueron derogados en la Ley 100 de 1993.

En línea con lo expuesto en el párrafo anterior, al no haber creado un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas, respecto de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en el tránsito legislativo presentado en materia pensional con la expedición de la Ley 100 de 1993, como sí ocurrió con la pensión de vejez, estas encuentran esa protección con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.



## Tránsito normativo de la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003 y el principio de la condición más beneficiosa

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se establecieron unos requisitos mínimos para la causación de la pensión de vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, de la siguiente manera: tratándose de las mujeres, haber reunido 1000 semanas de cotizaciones o su equivalente en tiempo de servicio y haber cumplido 55 años de edad; tratándose de los hombres, haber reunido 1000 semanas de cotizaciones y haber cumplido 60 años de edad. Con estos requisitos mínimos, tanto hombres como mujeres, causaban a su favor una pensión de vejez, con un monto equivalente al 65% del promedio de su ingreso base de liquidación de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, si este último resultare más favorable (artículos 33 y 34 Ley 100 de 1993).

Con la expedición de la Ley 797 de 2003, se modificaron los requisitos mínimos para pensionarse, contenidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aumentando en 2 años la edad para mujeres y hombres a partir del año 2014, mientras que el número de semanas también se aumentó en 50 semanas en el año 2005, y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015. En síntesis, para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la fecha de hoy y desde el año 2015, las mujeres deberán contar con los requisitos mínimos de 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas y los hombres con 62 años de edad y 1300 semanas, para poderse pensionar por vejez (artículo 10 Ley 797 de 2003).

Podríamos advertir de lo anterior que, las personas afiliadas al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima media con Prestación Definida, si antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, habían cumplido el requisito mínimo de semanas cotizadas (1000 semanas) para pensionarse, pero no habían cumplido con el requisito de la edad, al momento del tránsito normativo generado con la expedición de la Ley 797 de 2003, vieron afectada su expectativa legítima de pensionarse con 1000 semanas de cotización, máxime si se tiene en cuenta que, el sistema de pensiones presenta un esquema de aseguramiento, en el que al afiliado asegurado se le cambiaron las reglas, luego de haber mantenido la expectativa de alcanzar la meta económica para asegurar su pensión de vejez, bajo las mismas condiciones de número mínimo de aportes durante más de 20 años.

Aunado a lo anterior, se resalta que la Ley 797 de 2003 no previó un régimen de transición pensional para proteger las expectativas legítimas de los afiliados al Sistema General de Pensiones, viéndose así defraudada la confianza legítima que les generó el Estado colombiano, con la promesa legal de alcanzar la causación de una pensión de vejez siempre y cuando se hubiera cumplido con el esfuerzo económico de cotizar 1000 semanas al Sistema, para posteriormente a este esfuerzo económico hacer exigible la pensión de vejez con el cumplimiento de la edad determinada en la misma Ley.

Si se analiza la situación de las personas que contaban con 1000 semanas de cotización al sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero sin haber cumplido el requisito de la edad para pensionarse, al producirse el tránsito normativo referido, se observa que se encuentran en condiciones similares a las caracterizadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, referidas anteriormente, para que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, puedan pensionarse por vejez con las condiciones pensionales precedentes a las establecidas en vigencia de la Ley 797 de 2003, máxime que, se repite, esta última normativa no previó un régimen de transición para proteger expectativas legítimas en curso.

## Conclusiones

Al traer las reglas caracterizadas por las Altas Cortes, para la procedencia del principio de la condición más beneficiosa, aplicados en asuntos relacionados con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, se observa que estas encajarían para el caso de las pensiones de vejez en el tránsito normativo generado con la Ley 797 de 2003, así:

Es razonable, al igual como se ha procedido en los casos de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, aplicar la excepción a la retrospectividad de la ley, la cual se encontraría razonablemente justificada, pues se trata de proteger las expectativas legítimas de la pensión de vejez de las personas que en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumplieron el 100% de las cotizaciones para acceder a este beneficio, pero que no alcanzaron la edad para su exigibilidad en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Opera en la sucesión o tránsito legislativo. Para el caso que nos ocupa, la Ley 100 de 1993 es la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003; que trata de los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, con mejores beneficios que los contenidos en la norma vigente.

También opera para el caso de la pensión de vejez planteando, teniendo en cuenta que en el tránsito normativo generado con la Ley 797 de 2003, tratándose de la pensión de vejez, no se previó un régimen de transición que, hubiera solucionado cualquier tipo de controversia frente a la protección de las expectativas legítimas afectadas con la sucesión normativa que reguló el mismo tema, con relación a los requisitos para el acceso a la prestación de vejez.

Tratándose de las personas que habían cumplido el requisito mínimo de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero que no cumplían con el requisito de edad al momento de tránsito normativo, generado con la expedición de la Ley 797 de 2003, no tenían una mera expectativa de pensionarse, tampoco tenían un derecho adquirido pensional, se encontraban en situación de expectativa legítima que, es lo que está llamado a protegerse por la condición más beneficiosa.

Respeto la confianza legítima.

## Referencias

Constitución Política (20 de julio de 1991). Congreso de la República. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Decreto 758 (18 de abril de 1990). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Por el cual se aprueba el Acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990. Obtenido de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto\\_0758\\_1990.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0758_1990.htm)

Escobar Henríquez , F. (Noviembre/Diciembre de 1991). Los principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución Nacional.

Ley 100 (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 1.148 de 23 de diciembre de 1993. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248>

Ley 797 (29 de enero de 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan dispo-

siciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45.079 de 29 de enero de 2003. Obtenido de [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1525553/Ley\\_797+de+2003.pdf/3e14324c-7100-4a66-8640-cafdb7c8af85](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/1525553/Ley_797+de+2003.pdf/3e14324c-7100-4a66-8640-cafdb7c8af85)

Ley 860 (26 de Diciembre de 2003). Congreso de la República. *Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.415, de 29 de diciembre de 2003.

Sentencia SU005 (13 de febrero de 2018). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Carlos Bernal Pulido.* Bogotá D.C, Colombia: Referencia de expedientes acumulados: T-6.027.321, T-6.029.414, T-6.294.392, T-6.384.059, T-6.356.241, T-6.018.806, T-6.134.961. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU005-18.htm>

Sentencia SU442, S. (18 de agosto de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: María Victoria Calle Correa.* Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5383796. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU442-16.htm>

Sentencia T-190, S. (15 de abril de 2015). Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.* Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-4.610.966. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-190-15.htm>

Sentencia SL2978, (11 de 05 de 2022). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P.: Fernando Catillo Cadena.* Bogotá D.C, Colombia: SL2978-2022. Radicación n. 89736. Acta 16. Obtenido de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjul2022/SL2078-2022.pdf>

Sentencia SL4650. (25 de enero de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P.: Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga.* Bogotá D.C, Colombia: SL4650-2017. Radicación n. 45262. Acta 26.

# Impacto desde una perspectiva de género, de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones<sup>1</sup>

*Marina del Rosario Barboza Hurtado<sup>2</sup>*

- 
- <sup>1</sup> Documento producto de la tesis de maestría para obtener el título de *magister* en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
  - <sup>2</sup> Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo; especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú; *magister* en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la misma casa de estudios; Pas Presidenta de la Comisión de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Sociedad Peruana de Derecho; miembro Académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: “Guillermo Cabanellas”; miembro de CEITRA- Círculo de Estudio e Investigaciones del Trabajo; con estudios de Posgrado en el Centro Internacional de Estudios Políticos de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina en la Universidad Nacional de San Martín de Buenos Aires- Argentina. Actualmente labora como Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental - Sede Huancayo y en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. A su vez en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL.



## Resumen

En el presente artículo, se analizó de qué forma, los efectos de la discriminación remunerativa basada en el género, pueden llegar a impactar en las pensiones de jubilación del Sistema Privado de Pensiones que perciben las personas en Perú luego de su vida activa.

En ese sentido, es preciso enfatizar, que se ha estudiado ampliamente la desigualdad de ingresos de hombres y mujeres en el mercado laboral, relacionada estrechamente con la división sexual del trabajo, la desigual distribución de las responsabilidades familiares, entre otros factores, concluyéndose que los roles o estereotipos de género, son determinantes para la presencia de discriminación remunerativa en las entidades empleadoras.

Sin embargo, la discriminación de ingresos que se observa en el mercado laboral, persiste en la percepción de las pensiones de jubilación otorgadas por el Sistema Privado de Pensiones, pues, como sabemos, el referido sistema está fundado bajo un modelo de contribuciones o aportes ligados a las remuneraciones. Entonces, si tenemos en cuenta que el mercado laboral presenta discriminación remunerativa, es altamente probable, que dicha discriminación se vea reflejada luego en la percepción de las pensiones de jubilación.

Bajo esa perspectiva de discriminación de ingresos, derivada en las pensiones de jubilación del Sistema Privado de Pensiones, se plantearon diversas medidas para brindar un trato equitativo en las pensiones de jubilación.

## Introducción

En nuestra sociedad peruana, la discriminación hacia las mujeres tiene diversos matices y está presente durante casi todo nuestro ciclo de vida, incluso tiene una fuerte presencia en el ámbito laboral, pues si hacemos memoria, recordaremos que al momento de buscar un empleo a muchas de nosotras, probablemente nos pasó que en los anuncios nos encontrábamos con que se requiere a operarios, choferes, o simplemente a trabajadores hombres, a alguna de nosotras nos

pasó que cuando postulamos a trabajo muy al margen de los conocimientos deseados para el puesto, se nos preguntó si tenemos hijos, pareja o si pensamos formar una familia, y bueno si logramos superar la temida entrevista de trabajo, a cuántas de nosotras se les hizo difícil acudir a alguna capacitación programada fuera de horario, ya que sus responsabilidades familiares muchas veces no se lo permiten, o incluso dentro de sus centros de trabajo se sintieron acosadas por alguno de sus compañeros, muchas de nosotras, pese a realizar trabajos de igual valor que nuestros compañeros hombres, recibimos un trato remunerativo diferenciado, otras fueron víctimas de despidos por su sola condición de estar en estado de gestación, desencadenando con ello un sin número de procesos judiciales. Todo lo referido anteriormente, probablemente le pasó a alguna de nosotras que optamos o tenemos un trabajo formal, pero no nos detuvimos a pensar en cuál es el porcentaje de mujeres inmersas en la informalidad laboral o que simplemente son invisibilidades por las estadísticas ya que realizan trabajos domésticos o de cuidado para su familia.

Y si solo abordamos uno de los artistas mencionados de discriminación, referente a la remuneración, encontraremos los primeros esfuerzos por parte de nuestra legislación para proscribirla, lo que representa un avance por parte del Estado al prohibir la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres.

No obstante, se ha dicho poco con respecto a las consecuencias que genera la discriminación remunerativa en el sistema de seguridad social, especialmente en la dimensión vinculada a las pensiones de jubilación, ya que, a lo largo de su vida laboral, las mujeres enfrentamos tratos desiguales que no permiten equiparar sus remuneraciones a las de sus compañeros varones, nosotras nos enfrentamos a altas tasas de inactividad debido a la permanencia en el hogar para cubrir responsabilidades familiares y realizando un trabajo doméstico no remunerado, que redundando en amplias lagunas de cotización al sistema de seguridad social, así no realizamos un aporte equitativo a nuestros fondos de pensiones, lo cual genera un gran impacto para nuestras prestaciones de seguridad social, deviniendo en la inefable consecuencia de que al momento de la jubilación, nos encontremos con que la discriminación que vivimos durante todo nuestro ciclo laboral, se refleja en pensiones de jubilación ínfimas.

Siendo así, resulta primordial, que los sistemas de protección social se encuentren a la vanguardia de lo que viene desarrollándose actualmente en el mundo del trabajo con respecto a las particularidades del rol de la mujer en el mercado laboral, toda vez que la mujer, generalmente, ha venido desempeñando su actividad laboral en trabajos que no se encuentran cubiertos por la seguridad social



(trabajos a tiempo parcial, trabajos ocasionales o desarrollados en la economía informal).

Es por ello que, el presente trabajo de investigación, pretende como primer punto, abordar la discriminación remunerativa bajo una perspectiva de género, apoyándonos de la sociología para buscar algunos factores determinantes, y también mediante la estadística, mostrar el panorama actual de la desigualdad remunerativa, tanto en nuestro país como en otros países del mundo.

Como segundo punto, se abordará el tratamiento legal de la igualdad remunerativa que nuestro Estado ha reconocido como un derecho, mediante la legislación nacional, los tratados internacionales, así también se abordará la legislación comparada, con el fin de contrastarla con nuestra realidad, viendo así los aspectos positivos que algunos países contemplan.

Un punto central para esta investigación, es el contenido del capítulo tercero, en el que se realizará un análisis del impacto de la discriminación remunerativa en la seguridad social, específicamente en tema de pensiones de jubilación, lo cual forma parte del capítulo final, donde no solo se tomará en cuenta el impacto, sino también se plantearán posibles alternativas de solución.

## **Discriminación remunerativa: una cuestión de género**

La Organización Internacional del Trabajo, desde su creación, siempre centró su atención en constituir a la no discriminación y la promoción de la igualdad, como principios fundamentales, que sustentan la labor de dicha institución, los mismos que se materializan en diversos convenios y recomendaciones, orientados a mejorar las condiciones de trabajo y de vida de las personas y promover la igualdad en el lugar de trabajo para todos los trabajadores.

En ese sentido, mediante el Convenio 111, la Organización Internacional del Trabajo define a la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Así también, el Informe del Director General de la Conferencia Internacional del Trabajo (2007) enunció, que por discriminación se entiende, todo trato diferenciado y menos favorable a determinadas personas, por las razones antes mencionadas, que no guarda relación con sus capacidades desplegadas en sus puestos de trabajo.

Al respecto, pueden citarse ejemplos tales como: que a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo religioso minoritario, se le deniega un empleo. Asimismo, es una manifestación de discriminación, cada vez que un trabajador migrante, cobra un salario inferior al de un trabajador nacional por un empleo idéntico. También es víctima de discriminación, la enfermera o la radióloga, que desempeña un trabajo de igual valor al de un técnico paramédico, pero que percibe una remuneración inferior; este último ejemplo, se configura dentro de lo que se denomina, discriminación remunerativa, tema que será desarrollado a fondo más adelante.

Con relación a la discriminación, esta puede manifestarse en dos modalidades: directa o indirecta. Así lo establece el Informe del Director General de la Conferencia Internacional del Trabajo (2007:09), cuando refiere que la discriminación: “es directa cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer éstas a un colectivo específico”. Se encuentran algunas manifestaciones de este tipo de discriminación, en los anuncios de empleo, en los que se excluye la candidatura de las personas mayores de una edad específica, o cuando las oficinas de recursos humanos, exigen a sus trabajadoras, realizarse pruebas de embarazo periódicas, con el fin de no contratar a las candidatas embarazadas, o incluso de despedir a las empleadas que están en estado de embarazo. Hay discriminación también, cuando las empresas exigen a sus trabajadoras, cumplir cierto período de servicio antes de quedar embarazadas.

En cambio, el segundo tipo de discriminación es la indirecta, y se manifiesta, cuando ciertas prácticas o normas, dan la apariencia de neutralidad, pero tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos, sin justificación alguna. Como ejemplo tenemos, cuando en el centro de trabajo se organizan cursos de formación, y estos se programan fuera del horario de trabajo, los fines de semana o en horas tardías. Esta programación de capacitación generará, la exclusión de aquellos trabajadores que, a pesar de tener interés en asistir, no pueden hacerlo porque tienen que atender sus responsabilidades familiares. Cabe señalar, que dicha exclusión, podría además, comprometer a futuro sus perspectivas de carrera, ascenso o acceso a puestos directivos.

Ahora bien, para centrarnos en la discriminación remunerativa, antes mencionada, es preciso señalar que, la existencia de esta discriminación, en la remuneración entre varones y mujeres, no es tema nuevo, ya que como afirman Yamada, Lavado, & Velarde (2013), este era un tema recurrente a lo largo de los años. En ese sentido, refieren que la discriminación remunerativa, es una

dinámica universal que ocurre en todos los países del mundo, con ciertas particularidades dependiendo del orden social, económico o el contexto histórico - cultural propios de cada región.

Por otro lado, Henríquez & Riquelme (2011) mencionan que, históricamente, desde que las mujeres hicieron su ingreso al mercado laboral, su salario era considerado como “secundario” o complementario frente al sueldo de los varones, quienes eran los jefes del hogar y sobre ellos recaía el rol proveedor. Dichas razones, fueron suficientes para que su salario, sea el destinado a satisfacer el grueso de las necesidades del hogar, lo que generaba la creación de un círculo vicioso de trabajos mal remunerados, conforme como acotan Oelz, Olney, & Tomei (2013), ya que se terminaba justificando el salario inferior que percibían las mujeres.

Es sumamente pertinente resaltar, que la referida desigualdad remunerativa, tiene lugar cuando el criterio de diferenciación del salario, no es la naturaleza del trabajo sino el género de la persona que lo ejecuta, como bien lo señala el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (2003).

Ante la desigualdad remunerativa y su expresión mediante la brecha salarial que pasaré a evidenciar en cifras y a profundidad más adelante, surge la innegable necesidad de mencionar lo enunciado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018) e instar a toda la sociedad a comprometerse con la eliminación de la discriminación en el empleo, ya que vulnera la dignidad de las mujeres en distintos ámbitos tales como: el plano individual, ya que perjudica su bienestar restringiendo su libertad; en el plano económico, afectando el crecimiento y la productividad empresarial, ya que se desaprovecha las capacidades que las mujeres pueden aportar al proceso productivo; en el ámbito social, evitando el ejercicio efectivo de la ciudadanía, pues perjudica la unión de la comunidad y la estabilidad política.

## **Factores determinantes de la Discriminación Remunerativa**

La referida discriminación remunerativa, tiene su origen en determinadas circunstancias que permiten colocar a las mujeres en posiciones de desventaja con relación a los varones en los centros de trabajo; se manifiesta en la no percepción de iguales remuneraciones a pesar de desarrollar trabajos de igual valor. Algunos factores que determinan la discriminación remunerativa son:

## ¿Los roles de género inciden en la división sexual del trabajo?

La Organización Internacional del Trabajo (2013) refiere que, la incorporación a gran escala de la mujer en el mercado del trabajo, ha resultado ser en América Latina y el Caribe “uno de los fenómenos más significativos en las últimas décadas”, el cual, en palabras de la Organización Internacional del Trabajo (2018), pasó a manifestarse como una tendencia estructural y de largo plazo. Esto queda en evidencia, ya que en el año 2013, había 100 millones de mujeres en la fuerza laboral de la región y, cuatro años después, para el año 2017, se contaba con 117 millones de trabajadoras.

No obstante, las mujeres que lograban ser parte de la fuerza laboral, desempeñaban trabajos de menor relevancia en comparación con los hombres, obteniendo remuneraciones inferiores a las de los varones.

El origen de estos hechos se debería, tal como señala Serrano García (2008), a una concepción inapropiada de la identidad profesional del personal femenino, que es fruto de la manera en la que se articula el proceso de identidades en el ámbito social privado, principalmente en el interior de la familia, y en el campo del desarrollo profesional. Así pues, siguiendo al precitado autor, los trabajos u ocupaciones de menor importancia y remuneración que desarrollan las mujeres, se relacionan particularmente con tres aspectos:

- (i) El rol o la identidad conferida por la sociedad al género femenino,
- (ii) El papel otorgado a las mujeres en el ámbito laboral profesional por los llamados protagonistas del mercado del trabajo, y,
- (iii) La propia autoidentificación que manifiestan las mujeres en los ámbitos anteriores.

Referente a los roles asignados a cada género, Hurtado La Rosa (2009), señala que es de suma importancia, tomar en cuenta que nuestra sociedad, le asigna identidades y define la relación entre los géneros a partir de la identidad construida, que tiene como materia prima, la experiencia vivida y los roles asignados social y culturalmente. Considera que se constituyen mediante representaciones psíquicas inconscientes femeninas y masculinas, que van a envolver a una persona dentro de una identidad, registrándose así la conexión entre la construcción de una identidad determinada como “performance” dentro del ámbito laboral, la pareja, la familia, con los hijos y las amistades.

Al respecto, la investigación realizada por Del Valle (1976), publicada por la Dirección General del Empleo del Ministerio de Trabajo, identificó cinco factores que influyen en la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo: demográfico, económico, social, cultural y político; siendo el factor cultural, uno de los que generan mayor influencia, puesto que, aún se le sigue atribuyendo a la mujer, estereotipos que la ligan casi exclusivamente a actividades domésticas.

Cuarenta y cuatro años después, aún es cierto lo afirmado anteriormente y guarda sentido con la afirmación realizada por el Instituto Nacional de Informática y Estadística (2011) que acota, si tenemos en cuenta que la división sexual del trabajo es un concepto que está fuertemente asociado “a las funciones reproductivas y a las construcciones sociales que distinguen culturalmente a hombres y mujeres”. De esta manera, se ha asignado una valoración distinta para el trabajo de hombres y mujeres.

La referida valoración de los puestos de trabajo, se pone de manifiesto cuando diversas actividades productivas, pueden recibir títulos distintos dependiendo del género de la persona que lo realiza. Así, vemos en el Cuadro 1, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo, un listado de los distintos títulos o denominaciones que reciben los puestos de trabajo, los cuales obedecen al género de la persona que realiza el trabajo, así tenemos que, cuando un varón realiza actividades culinarias, es llamado chef, y a una mujer cocinera, de igual modo; tenemos al hombre que realiza actividades de limpieza, llamado conserje, mientras que a su par femenino, se la llama limpiadora; también se observa que, el puesto de trabajo del varón que realiza actividades de asistencia en los vuelos, recibe la denominación de auxiliar de vuelo, mientras que a su compañera que desempeña la misma labor, es llamada azafata. Estas denominaciones, de cierto modo, denotan una mayor distinción por las labores desempeñadas por varones, pese a ser las mismas, la única diferencia es el género, diferencia subjetiva, que va más allá de la capacidad de cada trabajador. Y bajo esas circunstancias, el chef gana una remuneración superior a la de la cocinera, repitiéndose este patrón en cada una de las ocupaciones que figuran en el listado siguiente.

**Cuadro 1. Títulos diferentes para el mismo trabajo.**

<b>Título masculino</b>	<b>Título femenino</b>
Comercial	Asistente de ventas
Subgerente	Asistente de gerente
Técnico	Operadora
Gestor de información	Bibliotecaria
Director de oficina	Supervisora de mecanografía
Sastre	Costurera
Auxiliar de Vuelo	Azafata
Asistente personal	Secretaria
Administrador	Secretaria
Chef	Cocinera
Conserje	Limpiadora

*Fuente:* OIT (2013). Igualdad salarial: Guía introductoria. Ginebra: Centro Internacional de Formación de la OIT, p. 23.

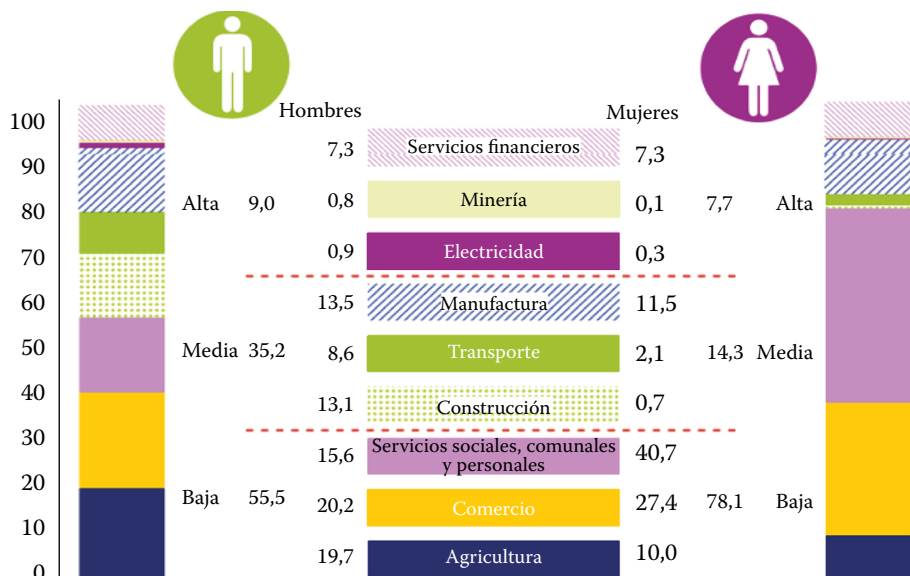
Ahora bien, la Organización Internacional del Trabajo (2013: 20), en estudios pormenorizados acerca de la división laboral por sexo, ha señalado que en América Latina y el Caribe se está registrando: “un nivel relativamente alto de segmentación ocupacional por sexo, que disminuye a un ritmo muy lento”, la referida segmentación contribuye para que subsistan las brechas de género en términos de salarios, y de cantidad y calidad de empleo.

El documento “Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible”, elaborado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2014), señaló que con relación a nuestra región se encontró que el 78,1% de las mujeres que son parte de la fuerza laboral, se desempeñan en los tres sectores definidos como de baja productividad, es decir, en agricultura, comercio y servicios sociales, comunales y personales, mientras que aquí, encontramos tan solo a un 55,5% de varones que desarrollan estas actividades.

En las actividades de productividad media, tales como construcción, transporte y manufactura, está presente el 14,3% de la fuerza laboral femenina, frente al 35,2% de varones que prestan sus servicios para las actividades antes mencionadas. En la actividad de construcción, es casi nula la presencia de trabajadoras, ya que en su mayoría, estos trabajos vienen desarrollados en su totalidad por varones.

Y en las actividades de alta productividad, tales como: servicios financieros, minería y electricidad, encontramos 7,7% de mujeres que prestan sus servicios para estas labores, frente a un 9,0% del total porcentual de varones inmersos en la fuerza laboral, tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

**Gráfico 1.** Promedio ponderado de 18 países de América Latina del empleo según nivel de productividad de los sectores de actividad, alrededor de 2014.



Fuente: Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.

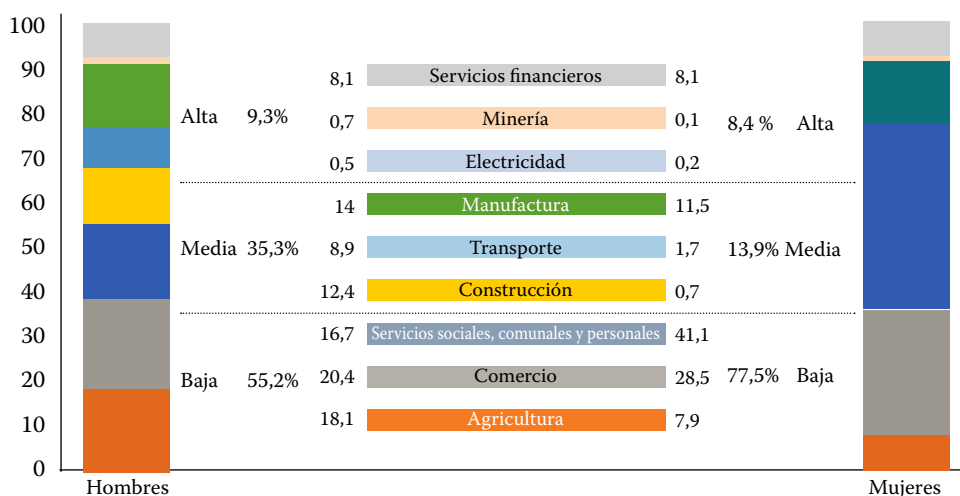
No obstante, una vez expuesta la data del año 2014, corresponde hacer un comparativo histórico frente a la data recogida del año 2017, donde la misma fuente, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL-, realizó un estudio estadístico con las mismas variables, en el que se puede observar, el porcentaje de personas que realizan actividades consideradas como de productividad baja, tales como agricultura, comercio y servicios sociales, comunales y personales, es aquí donde hay un porcentaje superior de mujeres con relación a los varones que prestan su fuerza laboral, ello en porcentajes de 77,5% de mujeres y 55,2% de varones; sin embargo, haciendo el comparativo con las cifras extraídas en el año 2014, tenemos que disminuyó en un 0,6%, ya que en el 2014, las mujeres eran en un porcentaje de 78,1%, y en el 2017, encontramos un porcentaje de 77,5%, un monto ínfimo de disminución, si tenemos en cuenta que el total es del 100%.

En cuanto a la productividad media, encontramos sectores como: manufactura, transporte y construcción, en el comparativo de los años 2014 a 2017, tenemos también una disminución porcentual del 0,4% en cuanto a las mujeres que desarrollan este tipo de actividades productivas, teniendo en cuenta que en el 2014, la fuerza laboral femenina era del 14,3%, mientras que en el 2017, es de 13,9%.

Y en las actividades que generan productividad alta, es decir, donde las remuneraciones son sumamente cuantiosas y figuran actividades tales como: servicios financieros, minería y electricidad, tenemos aquí una cifra alentadora, ya que aquí notamos un aumento en un 0,7%. Es decir en el año 2014 tan solo se encontraba al 7,7% de mujeres prestando sus servicios para estas actividades; sin embargo, en el año 2017 había un 8,4% de mujeres trabajando en estas actividades de producción alta, lo mismo que significa que ahora hay un 0,7% de mujeres que tienen la posibilidad de generar ingresos más altos, por el sector productivo en el que se desarrollan.

Encontrando incluso, que en los servicios financieros, los porcentajes están igualados en 8,1%, tanto de varones como de mujeres. Adicionalmente, aún persiste una resistencia en el ingreso de mujeres en el sector minería, en el que hay tan solo el 0,1% de mujeres al igual que en el año 2014; mientras que en electricidad, el porcentaje de la fuerza laboral femenina ha disminuido un 0,1% con relación a las cifras del año 2014, pues en el 2017, se verifica que el 0,2% de la fuerza laboral es femenina, frente al 0,5% de varones; cifra que también presenta disminución, razón por la cual me animaría a decir que, ello podría obedecer a una tendencia propia del sector, y distaría un poco de los roles de género que repercuten en muchos casos con relación a las actividades productivas que las personas realizan.

**Gráfico 2.** Promedio ponderado de 18 países de América Latina: empleo según nivel de productividad de los sectores de actividad, 2017.



Fuente: Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.



Así, la segregación laboral por motivo de género, provoca la contratación de mujeres en determinados empleos, ocupaciones y sectores, aumentando la probabilidad de que se minusvalore su trabajo en comparación con los trabajos desempeñados mayoritariamente por hombres. En ese sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (2013) afirma, que los prejuicios históricos relacionados con la función de las mujeres en la sociedad, ligado a los estereotipos sobre las aspiraciones, preferencias, capacidades, habilidades e idoneidad de las mujeres en lo que respecta a determinados tipos de trabajos, han aportado a la segregación por razones de género en el mercado laboral.

## **Dedicación a las responsabilidades familiares**

Dentro de la familia, conforme lo menciona el séptimo considerando de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6572-2006, se genera un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales, y un lugar, que permite el encuentro intra e intergeneracional, pues es el agente primordial del desarrollo social. Y en palabras de Ribeiro Ferreira (2004), la familia es un espacio privilegiado para la vida privada de todas las personas, por ser la forma básica de división del trabajo.

También es cierto que, al interior de la familia, se generan las responsabilidades familiares, producto de satisfacer la confluencia de necesidades preexistentes o que se crean con el tiempo.

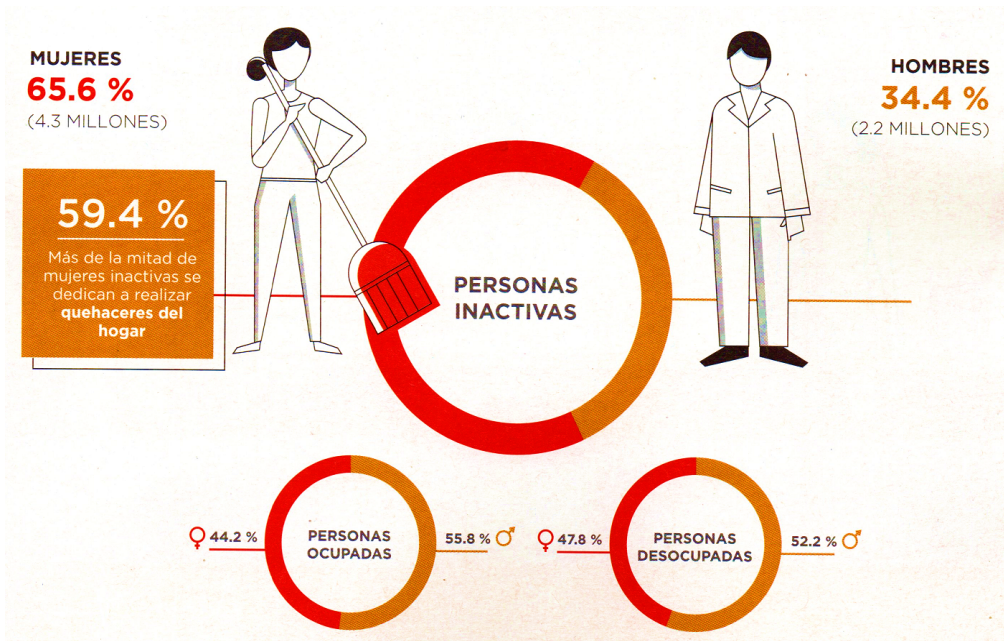
Siendo así, según precisa Kurczyn Villalobos (2009), a lo largo del tiempo, solía identificarse a los varones como titulares de obligaciones y compromisos ligados a cumplir una función de proveedores, mientras que las mujeres, eran las encargadas de las actividades domésticas relacionadas con: cocinar, limpiar el hogar, cuidar a los hijos y/o familiares discapacitados o ancianos, ocuparse de las vestimentas, inclusive se les encargaba el cuidado de animales domésticos y; se consideraban estas funciones, como inherentes a su biología.

Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo (2008), enuncia que, dichas responsabilidades no son exclusivas de las mujeres, y considerarlas de ese modo, constituye un acto de discriminación contra ellas.

Ya que, no obstante que en la actualidad, hay una incorporación masiva de las mujeres a la Población Económicamente Activa, compartiendo con los varones el tiempo de trabajo remunerado fuera del hogar, no existe una

corresponsabilidad familiar, en nuestro país, como en muchos otros, no se ha generado una redistribución de las responsabilidades familiares. Generando así, que este trabajo doméstico no remunerado, siga siendo invisible y sin ninguna valoración social, hasta excluido de las estadísticas, pese a la gran carga horaria dedicada a este tipo de actividades, se considera a las mujeres como “inactivas”, se da a conocer en el Gráfico 3. En este gráfico, se presenta una alarmante cifra de 59.4 % de mujeres a las que se las considera inactivas, penalizándolas porque dedican su tiempo a desempeñar responsabilidades familiares, tareas de cuidado y las asociadas a los quehaceres que equivalen a trabajo no remunerado.

**Gráfico 3.** Población en Edad de Trabajar (PET) según condición de actividad laboral 2017 – Porcentaje.



Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza 2017.

Pese a lo señalado, gracias al estudio estadístico con relación al uso del tiempo, que integran la Encuesta Nacional de Uso de Tiempo, realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el año 2010, se demuestra de manera fehaciente, una realidad con mayor detalle. El mencionado estudio evidencia, que muchas veces, al interior de los hogares, se refuerzan prácticas históricas que conducen a inequidades de género en cuanto a la distribución de las tareas a

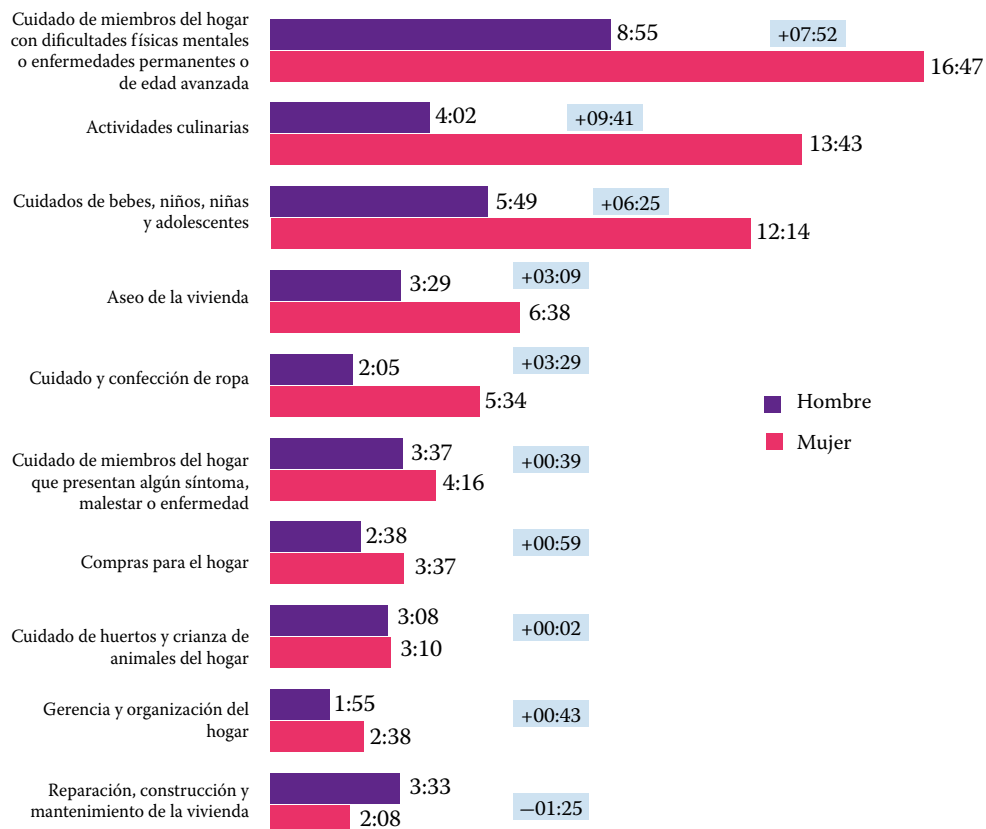
realizar, relacionadas principalmente con el cuidado de hijos o adultos mayores o cualquier tipo de familiar que requiera de cuidado; actividades que recaen desproporcionadamente sobre las mujeres, reforzando la creencia en nuestro país, que este tipo de responsabilidades, son inherentes a las mujeres, las que se supone, están biológicamente predispuestas a desempeñar y van a realizar dichas tareas con mayor diligencia que un hombre, lo cual no es más que un estereotipo que genera discriminación de género.

Con relación a lo señalado, la Organización Internacional del Trabajo (2019) sostiene que, nuestra región de América Latina y el Caribe, viene enfrentándose a un cambio de paradigma, expresado en la creciente diversidad de familias y en una transformación de los roles de género al interior de ellas. Este cambio, se asocia con la masiva incorporación de las mujeres al mundo laboral, ya que, remitiéndonos a la historia, se verifica que, durante la mayor parte del siglo XX, el trabajo reproductivo y productivo, se organizó sobre la base de rígidos roles de género que ya no se corresponden con lo que ocurre actualmente. El resultado de los cambios referidos, se refleja en la interacción entre la esfera familiar y laboral, lo que configura en que la esfera nuclear de la vida de las personas incluso presente grandes cambios. No obstante, estos cambios no se agotan en las esferas privadas, sino que, tienen también un impacto en la organización del trabajo.

Respecto de la data que se mostrará a continuación, la misma que resulta sumamente relevante para la investigación y que fue realizada en el año 2010, es preciso acotar que, lamentablemente no fue replicada en años posteriores al 2010, representando así la única fuente estadística realizada en nuestro país, donde fehacientemente se puede evaluar y determinar el uso semanal que las personas, tanto varones como mujeres, le dedican a la realización de determinadas actividades. No obstante, ahora, 10 años más tarde, no podemos hacer un comparativo histórico y tampoco determinar la variación de estas conductas con el paso del tiempo.

Es así que, en el Gráfico 4, se muestra la composición de la actividad doméstica no remunerada en horas semanales, que tanto las mujeres como los hombres, le dedican a cierto tipo de actividades. Se puede destacar que, las tareas que más consumen tiempo a los peruanos, son las referentes al cuidado de miembros del hogar con dificultades o enfermedades o de edad avanzada, así como las actividades culinarias y el cuidado de bebés, niños, niñas y adolescentes, entre el grueso de actividades que como vimos en el gráfico precedente a este, son las invisibilizadas por la sociedad.

**Gráfico 4.** Composición de la actividad doméstica no remunerada. PERÚ:  
Promedio de horas a la semana que la población de 12 años y más, dedica a las actividades domésticas no remuneradas por sexo, 2010.



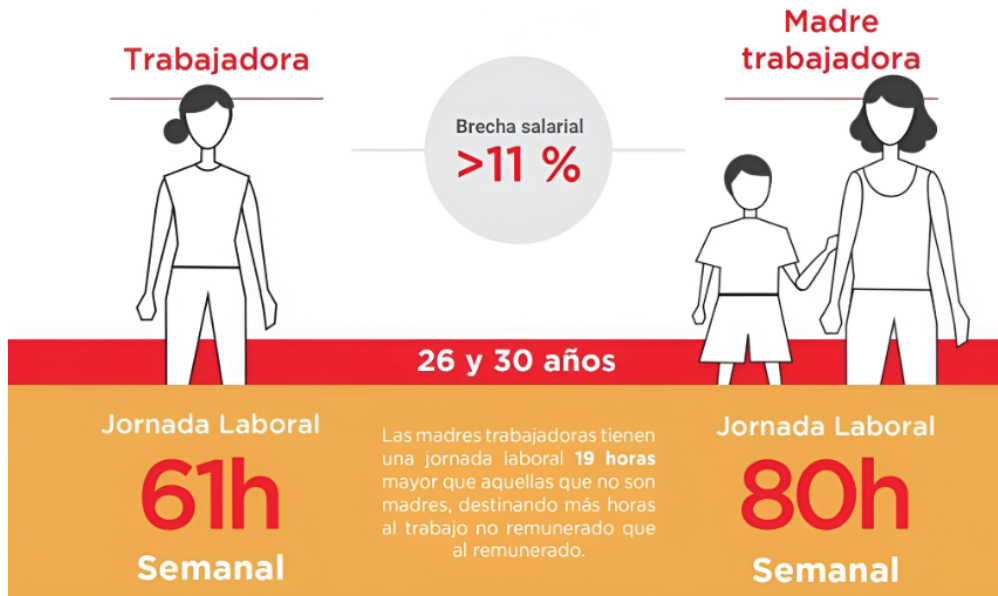
Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Uso de Tiempo 2010.

Del Gráfico 4, también puede extraerse en detalle, la diferencia en tiempos que ambos sexos usan, para las mismas actividades que les demandan mayor tiempo, así, se tiene que, mientras las mujeres pasan 16 horas con 47 minutos semanales cuidando a los miembros de su familia con dificultades o enfermedades o de edad avanzada, los varones le dedican tan solo 8 horas con 55 minutos. Hay una diferencia abismal que también es recurrente en cuanto al cuidado de bebés, niños, niñas y adolescentes, pues para esta actividad, las mujeres mayores a 12 años, le dedican 12 horas con 14 minutos semanales, teniendo como diferencia que, los varones solo le dedican 5 horas con 49 minutos, que dividido entre la semana, no equivale ni a una hora al día que los varones peruanos dedican a cuidar de los bebés, niñas, niños o adolescentes que hayan en su hogar.

Un dato curioso que Freyre Valladolid & Lópex Mendoza (2011) resaltan, es que al momento de realizada la encuesta, en el trabajo de campo, los varones que fueron entrevistados señalaron, que ejecutaban las actividades antes mencionadas, como apoyo, pues ellos mismos no se consideran responsables de estas actividades, incluso indicaron, que “ayudan” a lavar los platos o a cocinar los domingos. En cuanto al cuidado de los niños, sostuvieron que los van a dejar y a recoger de sus centros de estudios, les ayudan en ocasiones a realizar sus tareas y los sacan a pasear o a jugar con ellos. De dicha información, los autores concluyen válidamente, que el mayor esfuerzo en el desempeño de las responsabilidades familiares, recae sobre las mujeres. Esto, sin duda, tendrá un impacto sobre las mujeres en cuanto a su desarrollo profesional o laboral. Porque, teniendo en cuenta que, sobre ellas recaen desproporcionadamente estas responsabilidades, se ven muchas veces obligadas a optar por trabajos a tiempo parcial, trabajar desde sus hogares en alguna clase de actividades productivas, sin gozar de una adecuada remuneración. Y, adicionalmente, se les deja totalmente fuera de gozar de seguridad social, tanto en el aspecto de las prestaciones de salud, así como en las pensiones de jubilación, por la desigualdad remunerativa que ello trae consigo.

Esta referida desigualdad remunerativa, no es un tema volátil ni mucho menos una suposición, y puede evidenciarse gracias al estudio adelantado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2018), en el que mediante la Guía para la Igualdad Salarial, según estudio actualizado presentado en el Gráfico 5, la brecha salarial sí tiene un impacto diferenciado frente a las mujeres trabajadoras sin hijos o sobre las que no recaen responsabilidades familiares, con relación a las que sí poseen este tipo de responsabilidades, acentuando una brecha de 11%, es decir, las madres trabajadoras ganan en porcentaje un 11% menos dinero. Una realidad que merece especial atención por parte del Estado, en cuanto a la búsqueda de la implantación de políticas que apunten a la corresponsabilidad, y que tengan como enfoque principal, la conciliación de la vida familiar con la vida laboral. Del mismo modo, ayudas por parte del sistema, en lo atinente a guarderías, pero que no solo estén destinadas a personas de zonas rurales o con bajos recursos, ya que es innegable la necesidad de implementar este tipo de programas. Sería trascendental, implantar la política de tener guarderías en los centros de trabajo, como una obligación tan coercitiva como los lactarios. Por último, en adición a lo antes mencionado, es preciso apuntalar que, cuando hablamos de cuidado de niños, el titular del derecho no es ni tiene que ser la mujer, ni ninguno de los padres, sino los mismos niños; por consiguiente, la normativa debe estar orientada a buscar su protección.

**Gráfico 5.** Penalizaciones salariales por maternidad 2018



Fuente: Guía para la igualdad salarial

Refuerza la idea anterior Esping-Andersen (2009), al afirmar, que nuestro bienestar guarda dependencia con la combinación entre familia, trabajo y gobierno, y explica su idea del siguiente modo: el salario es recibido de nuestro trabajo, el soporte emocional de nuestra familia y el Estado impacta en todos los ámbitos de nuestras vidas, por ello, estos tres pilares, deben estar bien interconectados, ya que si las relaciones laborales fallan, buscaremos recursos en la familia o el gobierno.

Por su parte Stinus Bru de Sala (2014), nos recuerda que, tras la masiva incorporación de las mujeres al mundo laboral, se torna cada vez más improbable, que las mujeres puedan dedicarse al cuidado de familiares. Debido a esto, se genera una creciente demanda de cuidado de los pequeños y los adultos mayores, encontrando en esta necesidad, una respuesta no muy alentadora, ya que los servicios de cuidado que ofrece el mercado, son de costo elevado y de difícil acceso para la gran parte de la población, y difícilmente, encontraremos mayor participación de los hombres en las tareas domésticas.

Razón suficiente para llevar a la precitada autora a concluir, que resulta sumamente necesario que el Estado impulse políticas capaces de dar respuestas adecuadas a las necesidades sociales.

Una política general sobre igualdad de género es fundamental para promover la igualdad de remuneración. La consecución de la equidad salarial, está vinculada inexorablemente a la consecución de la igualdad de género. Por lo tanto, la brecha de remuneración entre hombres y mujeres, solo se podrá superar, si se llevan a cabo avances continuados y sostenibles en lo que se refiere a la igualdad de género en el trabajo y en la sociedad en su conjunto. Y, a la inversa, la igualdad de género no se puede alcanzar, sin la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

## **Panorama actual de la discriminación remunerativa**

En este punto, pretendo mostrar un panorama en cifras, que nos demuestre, si lo que en teoría se representaba precedentemente, tiene un asidero en la vida real; la discriminación remunerativa, será presentada bajo una óptica global, y luego, remitiéndonos a nuestro contexto, haciendo también un análisis comparativo entre las realidades de distintos países y su abordaje propio respecto al tema remunerativo y la distinción, sin base objetiva, que obedece en muchos casos, únicamente al género.

## **Datos estadísticos de la discriminación remunerativa en el mundo**

Mostrar el panorama actual de la desigualdad remunerativa es posible gracias al apoyo de la estadística, la cual, mediante los estudios de Oelz, Olney , & Tomei (2013) evidencian, que la brecha de remuneración entre hombres y mujeres a escala mundial, se estima que es de un 22,9%; lo que significa, que las mujeres ganan un 77,1% de lo que ganan los hombres.

Es así que, la Organización Internacional del Trabajo (2015), mediante el Gráfico 6, revela un listado realizado en el año 2012, de los países que tienen más del 20% de brecha remunerativa, en el que se encuentra encabezando la lista a Azerbayán, que tiene un porcentaje superior al 50 % de disparidad salarial, lo que se traduce en que en este país caucásico, las mujeres que integran la fuerza laboral, reciben por su trabajo, menos de la mitad de lo que reciben los varones. Dichas cifras, pueden atribuirse a la realidad nacional que el país en referencia vive, pues aquí se encuentran, altas tasas de segregación vertical y horizontal en el mercado laboral, alarmantes tasas de desempleo femenino, porcentajes altos de discriminación de género, y con ello, la contratación de

mujeres en sectores donde se les otorga como contraprestación a su trabajo, salarios bajos, lo que deriva consecuentemente, en el incumplimiento de la igualdad de género plasmada en la remuneración.

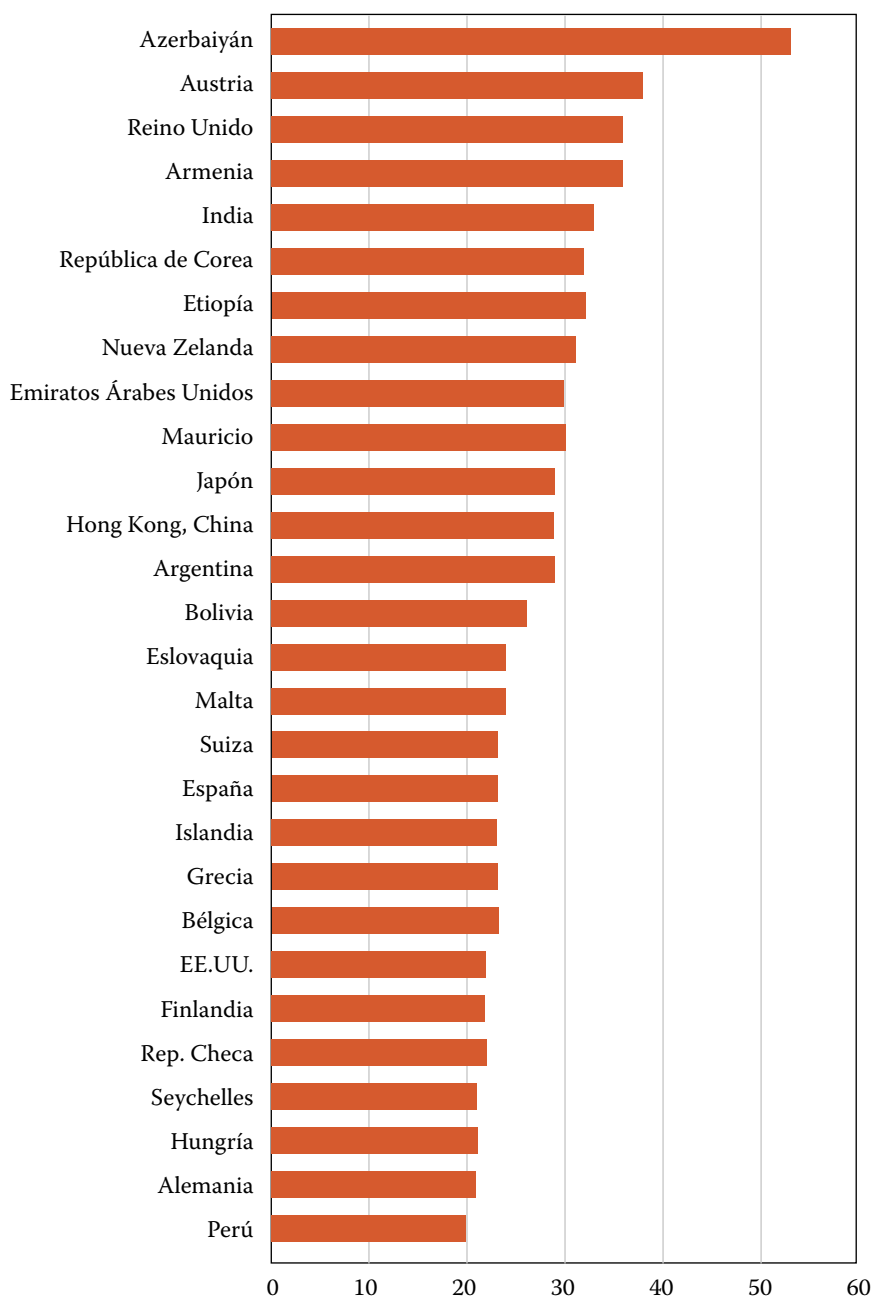
El país que sigue en la lista, haciendo un recuento desde los países con mayor brecha remunerativa frente a los que poseen menor brecha, es Austria, donde la brecha salarial en el 2012, era equivalente al 38%; no obstante, este país el 26 de agosto de 2014, adoptó el Plan de Acción Nacional 2014-2016 sobre la Protección de la Mujer, que tiene como estrategia, la igualdad de género e igualdad de trato a las mujeres.

Quienes siguen en la lista son: Reino Unido y Armenia con una brecha salarial de 36%, India con 33%, República de Corea y Etiopía con 32%; encontramos también a Emiratos Árabes, que al año 2009, compartía la misma cifra con Japón, Hong Kong y Argentina de 29%, otro país latinoamericano es Bolivia con 27%. Se encuentran también Eslovaquia y Malta con 25%, Suiza, España, Islandia, Grecia y Bélgica al año 2011 con 24%, encontramos a Estados Unidos, Finlandia y República Checa, que tienen un porcentaje de 23%, Seychelles, Hungría y Alemania con 21%, y no es algo que nos debería enorgullecer, el hecho de estar en esta lista, ya que al año 2012, Perú tenía una brecha salarial correspondiente al 20%, una notable disparidad entre las remuneraciones percibidas entre los hombres y las mujeres.

Lo anteriormente referido, permitió tener un alcance de una realidad global, no obstante, la Comisión Económica para América Latina (2019), nos permite mostrar cifras de toda nuestra región. Así, en el Gráfico 6, la que corresponde al año 2016, evidencia una alarmante cifra, a partir de ello se colige, que en América Latina y El Caribe, una de cada tres mujeres, no posee ingresos propios; sin embargo, la situación descrita de no tener ingresos propios, les afecta tan solo a uno de cada 10 hombres. Del mismo gráfico, se puede evidenciar, que una de cada 4 mujeres, recibe por su trabajo una remuneración menor al salario mínimo vital regulado normativamente para cada país, mientras que nos encontramos con un 16% de hombres que reciben remuneraciones superiores a cuatro remuneraciones mínimas vitales. Esto se contrapone a un 7,4% de mujeres que reciben este monto por su trabajo. Ahora, si hablamos de ingresos promedio, encontramos un porcentaje de más del 50% de hombres, frente a un 37% de mujeres.

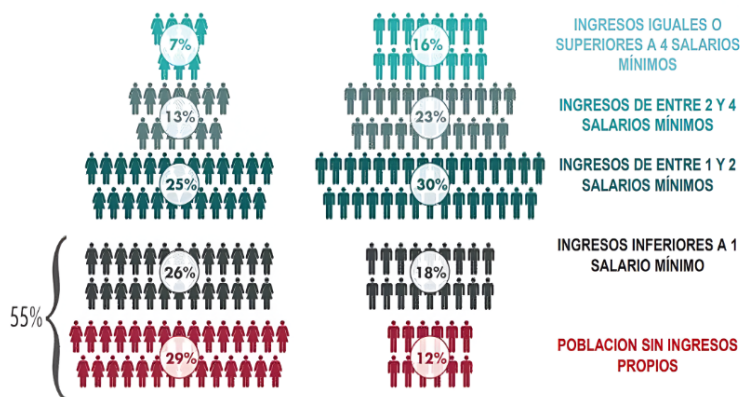


**Gráfico 6.** Países con 20% o más de disparidad de remuneración por motivos de género; OIT; años más recientes.



*Fuente:* Cuadro sobre la disparidad de remuneración por motivos de género, por actividad económica. Base de datos estadísticos de la OIT; junio de 2014.

**Gráfico 7.** Promedio ponderado de 17 países de América Latina de la distribución de la población de 15 años o más, según niveles de ingreso con relación al salario mínimo, alrededor de 2014.



*Fuente:* Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible, Documento de Posición para la XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, CEPAL, 2016.

Luego de observar las cifras contenidas en el Gráfico 7, podríamos quizá pensar, que si bien, es innegable esta distribución inequitativa referente a las remuneraciones; no obstante, podríamos creer que alguna de las explicaciones es que las mujeres no estuvieron suficientemente preparadas académicamente para asumir los puestos que llevan a los varones a ganar mucho más que las mujeres. Pero, no fue así, pues la Comisión Económica para América Latina (2016), en los últimos años, las brechas salariales por género aún persisten, y por sorprendente que nos pueda parecer, no existe una relación de correspondencia entre los años de estudio de las mujeres y los salarios que reciben.

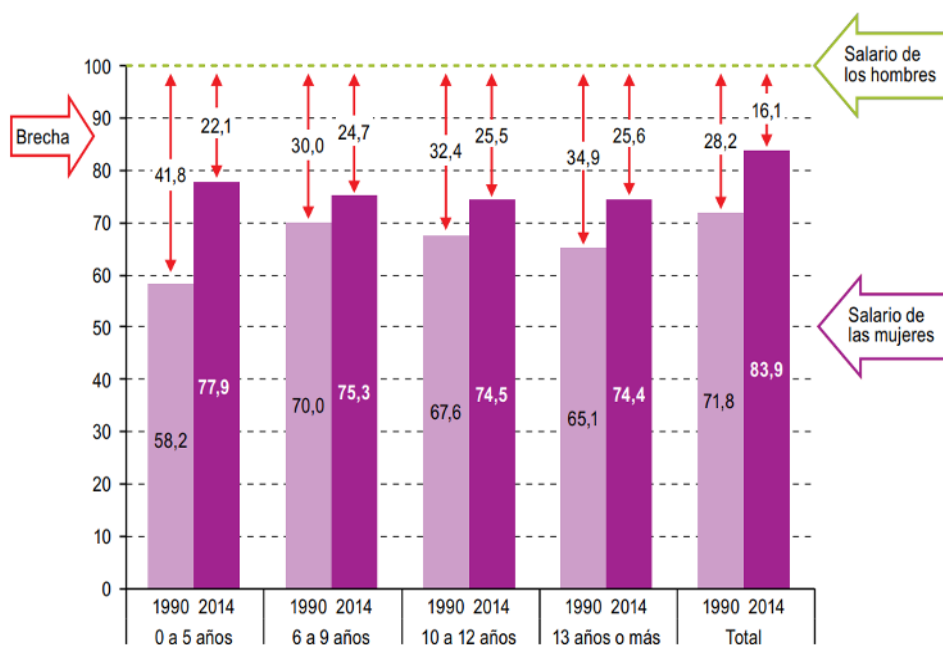
Tan es así que, el Gráfico 8, muestra un comparativo entre el año 1990 y el 2014 en América Latina, de un promedio ponderado entre 18 países, donde se expone las respectivas remuneraciones de las mujeres asalariadas de las zonas urbanas, con los rangos de edad entre 20 a 49 años que trabajan 35 horas o más por semana, haciendo un comparativo con los varones asalariados del mismo rango de edad y de la zona urbana, tomándose como variable, además de sus remuneraciones, los años que estas personas dedicaron a prepararse académicamente.

Al respecto, se puede extraer, que el mayor porcentaje en la brecha salarial, lo encontramos en el año 1990, el cual alcanza el 41,8 en las mujeres que tuvieron una preparación académica de 0 a 5 años, y, para el 2014, la brecha disminuyó considerablemente, representando el 22,1. Así pues, grande es la

sorprende que conforme aumenta la preparación académica de las mujeres, la brecha no disminuye, sino aumenta. Es decir, para las mujeres que tienen estudios de 6 a 9 años, la brecha es de 24,7; mientras que, para aquellas que realizaron estudios de 10 a 12 años, la brecha es de 25,5 y; para aquellas que cuentan con una preparación académica superior a 13 años, la brecha que les corresponde es de 25,6, en el 2014. Este incremento constante de la brecha, no estuvo presente en el año 1990, pues ahí ocurrió todo un fenómeno inverso, que inicia con una brecha sumamente alta, correspondiente al 41,8% para las mujeres que tienen de 0 a 5 años de preparación académica.

Luego, conforme las mujeres aumentaban su nivel educativo, la brecha decrecía para aquellas que tuvieron una educación de 6 a 9 años; sin embargo, para las que contaban con estudios realizados de más de 10 años, se observa que la brecha vuelve a aumentar, llegando hasta 34,9%, configurándose aquí el mismo fenómeno del año 2014, donde las mujeres que cuentan con mayor preparación académica, inexplicablemente, ganan menos que los varones.

**Gráfico 8.** Promedio ponderado de 18 países de América Latina: Salario medio de las mujeres asalariadas urbanas de 20 a 49 años que trabajan 35 horas o más por semana respecto del salario de los hombres de iguales características, según años de escolaridad, 1990 y 2014.

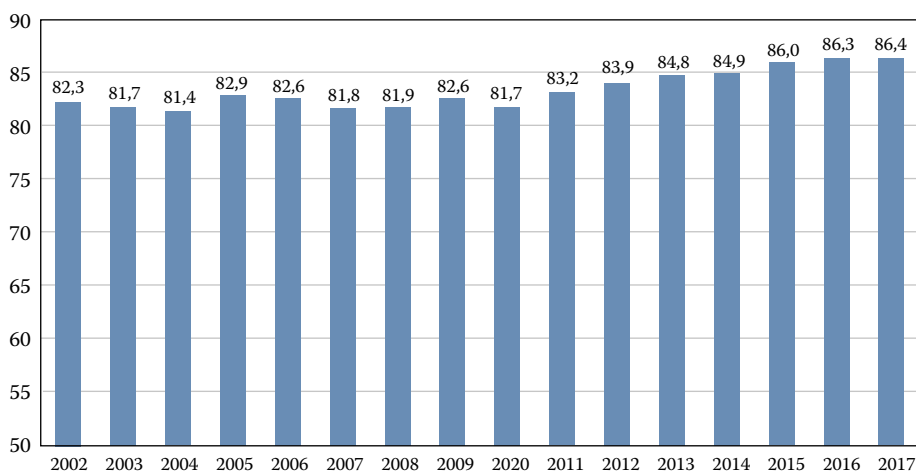


*Fuente:* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.

Las cifras a las que anteriormente se hicieron referencia, encuentran su contraste histórico en el Gráfico 9, mediante el cual, se muestra el promedio del salario en porcentajes de 18 países de América Latina de las mujeres cuyas edades oscilan entre 20 a 49 años, y que vienen desempeñando sus labores con una carga horaria superior a 35 horas por semana, donde se encuentra que desde el año 2002, fue variando el promedio de la remuneración. Desde el año 2002 al 2010, hubo fluctuaciones crecientes y decrecientes, teniendo como pico mínimo, la cifra equivalente al 81,4% en el año 2004.

La buena noticia es que, desde el año 2010, la variación fue creciente, y pasó del 81,7% en el año 2010, al 83,2% en el año 2011, por el año 2017 alcanzó un promedio de 83,9%, en el 2013 tuvo un porcentaje de 84,8%, para el 2014 fue en promedio de 84,9% y, para el año 2017 tuvo una creciente al 86,4%.

**Gráfico 9.** Porcentajes promedio del salario medio de las mujeres asalariadas urbanas de 20 a 49 años que trabajan 35 horas o más por semana respecto del salario de los hombres de iguales características, entre 2002 y 2017 en 18 países de América Latina

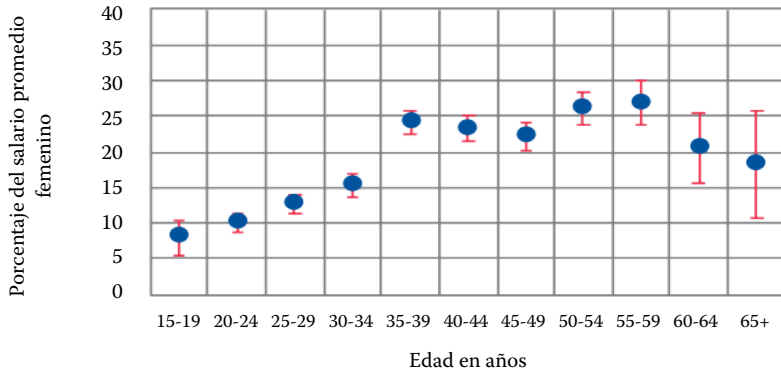


*Fuente:* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones especiales de las encuestas de hogares de los respectivos países.

Por otro lado, es importante mencionar, en el presente capítulo, que las brechas salariales no siempre son las mismas, sino que se encuentran influenciadas por el ciclo de vida de hombres y mujeres. Es decir, en América Latina y el Caribe, en tanto las personas son jóvenes, y no tienen hijos, las brechas son pequeñas; no obstante, puede observarse que de pronto llega un momento en el cual, las

brechas cambian objetivamente en el intervalo de edad de 30-34 años, aumentando notoriamente en el intervalo 35-39 años, alcanzando luego su máximo en el intervalo de 50-54 años, para después empezar a disminuir (OIT, 2019), tal como se explica en el Gráfico 10 que cito a continuación.

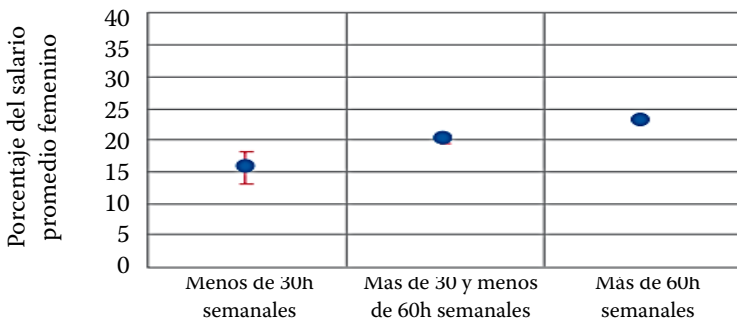
**Gráfico 10.** Brecha de género en ingresos laborales no explicada según grupos de edad en América Latina, 2017



*Fuente:* Encuestas de hogares y empleo de América Latina 2017.

Otro aspecto que explica la brecha de ingresos laborales de los trabajadores en la región, es la dedicación semanal al trabajo; para los trabajadores que pueden laborar una mayor cantidad de horas por semana, las brechas resultan más marcadas. Además, se puede apreciar en el gráfico 11, que la compensación al trabajo en tiempo extra, es mayor para los hombres que para las mujeres.

**Gráfico 11.** Brecha de género en ingresos laborales no explicada según dedicación semanal en América Latina, 2017:



*Fuente:* Encuestas de hogares y empleo de América Latina 2017.

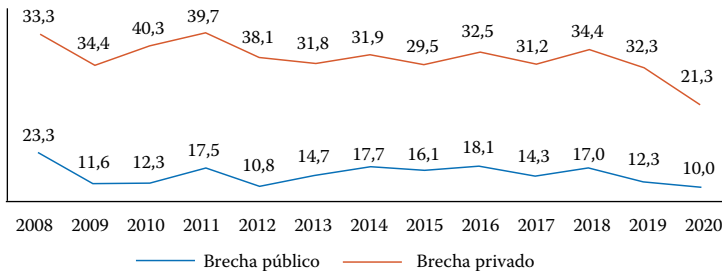
## Datos estadísticos de la desigualdad remunerativa en el Perú

Para referir la diferencia que existe en la percepción de remuneraciones de los hombres y mujeres en el Perú, se presentará información estadística al respecto, tanto en el sector público o servicio civil y en el sector privado.

Es así que, mediante el Gráfico 12, extraído del informe “La mujer en el servicio civil peruano 2022”, elaborado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), mediante el Gráfico 12, en el que se realiza un contraste entre las remuneraciones de los hombres y mujeres desde el año 2008 hasta el año 2020; se encuentra que en el sector público, la brecha salarial por género al año 2020, es de 10%, es decir, los hombres vienen ganando 10% más de lo que perciben las mujeres.

No obstante, esta cifra ha disminuido, comparándola con la brecha que encontramos en el año 2008, la que era equivalente a 23.3%.

**Gráfico 12.** Diferencias porcentuales de ingresos entre hombres y mujeres en los sectores público y privado formal, 2008 - 2020:



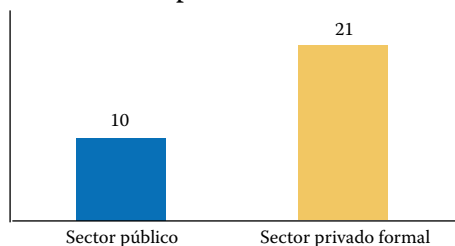
Fuente: INEI, ENAHO 2008-2020  
ELABORACIÓN: SERVIR-GPGSC

Fuente: SERVIR (2019). La mujer en el servicio civil peruano 2019.

También en el gráfico 12 se evidencia, que la brecha en el sector privado, siempre fue superior a la presente en el sector público, llegando a ser equivalente al 33.3% en el año 2008, logrando una disminución para el año 2020 en 21.3%.

A continuación, el Gráfico 13 muestra la brecha salarial que se presenta tanto en el sector público como en el sector privado. No obstante, la brecha salarial general en favor de los hombres en el sector público, resulta significativamente menor a la observada en el sector privado formal en el año 2020 (10% versus 21%, respectivamente).

**Gráfico 13.** Porcentaje de la brecha salarial en los sectores público y privado peruanos.



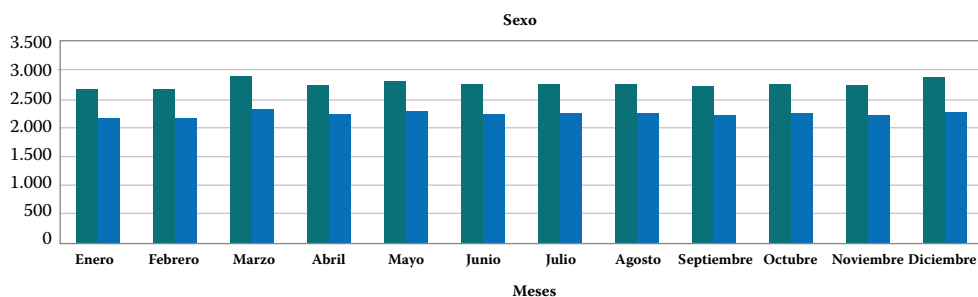
Fuente: INEI, ENAHO 2008-2020  
ELABORACIÓN: SERVIR-GPGSC

Fuente: SERVIR (2022). La mujer en el servicio civil peruano 2022.

Ahora bien, en el Cuadro 2 se puede apreciar las cifras correspondientes a las remuneraciones de hombres y mujeres en el sector privado, y determinar cuánto más por conceptos remunerativos perciben los hombres en comparación con las mujeres mes a mes durante el año 2018.

**Cuadro 2.** Promedio de Remuneración (Soles S/. ) de trabajadores en el sector privado por meses, según sexo 2022

Sexo*	Mes											
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Masculino	2.680	2.678	2.901	2.762	2.832	2.760	2.778	2.763	2.728	2.759	2.746	2.877
Femenino	2.182	2.189	2.338	2.236	2.309	2.234	2.250	2.235	2.220	2.230	2.213	2.276
Total	2.504	2.514	2.716	2.716	2.652	2.575	2.591	2.578	2.548	2.570	2.555	2.661



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / Ogetic / Oficina de Estadística Base de Datos : Planilla Electrónica / T-Registro y PLAME 2018. Nota : (\*) No se considera el promedio de los datos con omisión en sexo.

Es así que, en el año 2022, la remuneración promedio de los hombres fue variante, teniendo como punto más bajo, la suma de dos mil seiscientos setenta y ocho con 00/100 soles (S/2,678) en el mes de febrero, y la remuneración más alta, fue la correspondiente a dos mil novecientos uno con 00/100 soles

(S/2,901) percibida en el mes marzo, mientras que la población femenina, tuvo como remuneración más baja, el monto de mil ciento ochenta y nueve con 00/100 soles (S/1,189) correspondiente al mes de febrero también, al igual que en la población masculina, y la más alta, se encuentra en el mes de marzo, y corresponde a un monto de dos mil trescientos treinta y ocho con 00/100 soles S/2,338, evidenciándose que, la brecha corresponde a cuatrocientos ochenta y nueve con 00/100 soles (S/ 489) en el mes de febrero, y en el mes de marzo, es equivalente a quinientos sesenta y tres con 00/100 soles (S/563).

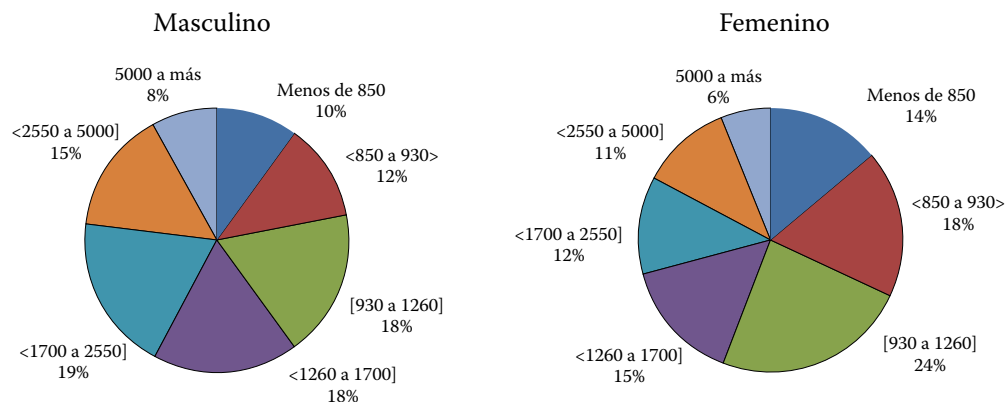
Asimismo, es pertinente señalar, los porcentajes de varones y mujeres de acuerdo a rangos de remuneración. Por ejemplo, en el año 2018 el Anuario Estadístico Sectorial de Lima, realizado por el Ministerio del Trabajo Promoción del Empleo, evidencia que en cuanto a los rangos de remuneración inferiores a S/ 850, hay un total de 10 % de hombres que ganan este monto, frente a un 14 % de mujeres que ganan este monto tan bajo, dado que la base de datos para la elaboración de este gráfico, fue la Planilla electrónica / T- Registro y PLAME 2017, es aquí en este rango de remuneración, donde están las personas que desempeñan trabajo a tiempo parcial, y como bien es sabido, las mujeres son quienes están en mayor porcentaje ocupando estos puestos de trabajo por diversas razones, entre ellas, las responsabilidades familiares que sobre ellas recaen; en el rango de S/ 850 a S/ 930 también le corresponde al mismo sector líneas arriba mencionado, como es el trabajo a tiempo parcial, aquí encontramos al 12% de varones, frente al 18% de mujeres. En el rango de entre S/ 930 a S/ 1,260, también hay mayor porcentaje de mujeres frente a los hombres que ganan este monto por su trabajo, lo cual corresponde al 18% de varones y al 24% de población femenina que ganan; del 100% del total de la población, es aquí donde se presenta la mayor concentración porcentual de mujeres que prestan sus servicios a cambio de este monto remunerativo.

Sin embargo, el comparativo se invierte conforme aumenta el rango remunerativo de entre S/ 1,260 a S/ 1,700, aquí hay un mayor porcentaje de varones prestando sus servicios, con una cifra porcentual del 18% frente al 15% de mujeres. Cuando se aborda el rango equivalente a S/ 1,700 hasta S/ 2,550, se encuentra un 19% de varones frente al 12% de mujeres, ocurriendo la misma diferencia en el rango de entre S/ 2,550 a S/ 5,000 de un 15% de varones frente al 11% de mujeres y de S/ 5,000 a más, también es notoria la diferencia de un 8% de hombres frente al 6% de mujeres.

Es así que, mediante estas cifras, se demuestra la hipótesis que a mayor remuneración, menor es el porcentaje de mujeres que se encuentran en la posibilidad de percibirla, mientras que en las remuneraciones más bajas, hay un mayor porcentaje femenino que desarrolla estas labores.



**Gráfico 14.** Diferencia según rango de remuneraciones de los trabajadores y trabajadoras del sector privado en el año 2018.



*Fuente:* Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018). Anuario estadístico sectorial. Lima.

## Tratamiento legal de la igualdad remunerativa

### Normas e instrumentos internacionales que reconocen y promueven la igualdad remunerativa

Antes de enunciar la regulación internacional de la igualdad remunerativa, es importante precisar, que el principio de igualdad remunerativa por razón de género ha evolucionado. En primer término, Serrano García (2008) refiere que las normas que la regulan, han empezado por reconocer, de forma genérica, el derecho a una igualdad formal, asociada al salario y a la realización de trabajos iguales, para luego, concluir en la transformación de esta igualdad formal en una igualdad material, que está íntimamente ligada al concepto de remuneración y a los trabajos de igual valor.

Por otra parte, habiéndose reconocido que el menoscabo más claro de las condiciones de trabajo de la mujer está referido al ámbito salarial, es que se ha proclamado de manera expresa, en diversos instrumentos internacionales, el principio de igualdad, y la prohibición de la discriminación salarial. En ese sentido, no es de extrañar, que justamente las normas constitutivas de la Organización Internacional del Trabajo, sean las precursoras en proclamar el mencionado principio. Por ende, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1993) por el año 1919, instituye el principio de igual salario

a igual trabajo, que en la reforma de 1946, se amplió su contenido con la formulación del principio de igual salario por trabajo de igual valor.

Se ha afirmado enfáticamente, que el reconocimiento internacional del derecho a la igualdad salarial, es una manifestación en forma de respuesta, una reacción que protesta en contra de la realidad que las mujeres padecen en el mercado de trabajo, en lo que se refiere a la diferencia de salarios, en parangón con lo percibido por los varones. Asimismo, en palabras de Salas Zúñiga (2018), son tres los tratados más trascendentales que han reconocido el derecho fundamental de la igualdad salarial: El Protocolo de San Salvador, el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

A continuación, se detallarán los instrumentos que se encuentran en el marco jurídico internacional, promulgados a favor de la igualdad de salarios entre hombres y mujeres:

### **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador**

Fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y ratificado por el Estado peruano el 4 de junio de 1995. El literal a del artículo 7°, reconoce que toda persona goza del derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual, los Estados partes, deberán garantizar un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y aprobado por el Estado peruano a través del Decreto Ley n.º 22129, el 28 de marzo de 1978. El literal a) del artículo 7 establece, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren de manera especial, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, asegurando a las mujeres, condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.

## **Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo – Convenio sobre igualdad de remuneración**

Fue adoptado por la Conferencia General de la OIT el 29 de junio de 1951, y aprobado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 13284 y ratificado ante la OIT el 1° de febrero de 1960. El artículo 1° refrenda una igual remuneración tanto para la mano de obra masculina como para la mano de obra femenina, desterrando la discriminación salarial en cuanto al sexo.

Si bien es cierto que, la Organización Internacional del Trabajo (2013), refiere que este Convenio, fue el primer instrumento internacional sobre la discriminación salarial en cuanto al sexo, bastante avanzado para su época, la implementación y aplicación del mismo, no se ha realizado de manera efectiva, puesto que no ha tenido el impacto deseado. No obstante, la Organización Internacional del Trabajo insiste, que la diferencia entre las remuneraciones, es una de las formas de discriminación más evidentes y habituales que existen, por esta razón, la adopción del Convenio 100 significa, un primer gran paso para alcanzar una sociedad más equitativa.

Además, la Organización Internacional del Trabajo (1993) indica que, pese a haber sido ratificado por casi la totalidad de países, el principio proclamado de igualdad remunerativa, no ha sido desarrollado en los ordenamientos jurídicos de los Estados, ni regulado en sus normativas internas en el mercado laboral global, pues aún siguen existiendo amplias diferencias en las remuneraciones que perciben hombres y mujeres.

## **La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)**

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y aprobada por el Estado peruano el 5 de junio de 1982 mediante la Resolución Legislativa N° 23432. Esta Convención, en el literal d) del artículo 11, obliga a los Estados Partes, a establecer medidas y políticas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, con el fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos y, en particular, el derecho a igual remuneración y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor y a la evaluación de la calidad del trabajo.

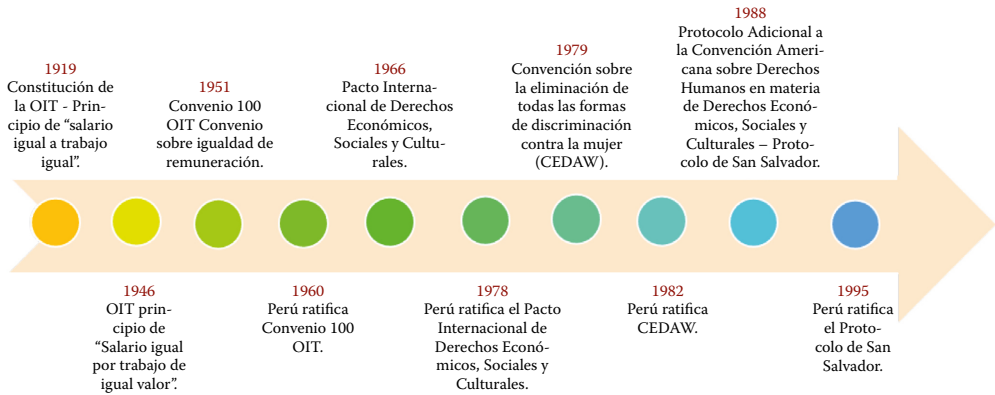
Con respecto a los instrumentos internacionales desarrollados, Salas Zúñiga (2018) señala que, es importante hacer una precisión, en el entendido que se puede observar que, aun cuando estos tratados se ocupan de reconocer y proclamar el derecho a la igualdad salarial, “lo cierto es que estos tienen diferentes alcances”. Es decir, mientras que el Protocolo de San Salvador, hace referencia al derecho de los trabajadores a percibir una remuneración por trabajos iguales, el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo y la CEDAW, reconocen el derecho a recibir una misma remuneración por trabajos de igual valor. Efectivamente, Salas Zúñiga (2018: 547) refiere que, el Protocolo de San Salvador por amparar solo el caso de disparidad de salarios entre trabajadores que realizan las mismas labores y ocupan el mismo puesto, “resulta insuficiente frente a fenómenos como la segregación horizontal, en virtud del cual hombres y mujeres tienden a ser confinados a diferentes ocupaciones según las características atribuidas a su género”.

En consecuencia, tal como señala la Organización Internacional del Trabajo (2008: 02), podría aceptarse la complejidad que decanta en el principio de igualdad salarial, toda vez que, demanda “examinar desde un nuevo ángulo las características de los empleos, modificar la percepción que se tiene del trabajo de las mujeres en comparación con el de los hombres, revisar los sistemas de remuneración vigentes en las empresas y, por último, aumentar los salarios de los empleos femeninos”.

Sin embargo, como concluye Salas Zúñiga (2018: 547), esta dificultad puede afrontarse con la aplicación del Convenio 100 de la OIT y la CEDAW, debiendo considerarse a dos o más trabajos como de igual valor “siempre que el grado de responsabilidad, conocimiento, o en general, los requisitos para su realización sean equivalentes, ello, sin perjuicio de que, en apariencia resultan diferentes”.

Una vez realizado el análisis pertinente de cada una de las normas e instrumentos internacionales que reconocen y promueven la igualdad remunerativa, conviene hacer una línea del tiempo, donde cronológicamente se pueda observar la evolución histórica de estos instrumentos supranacionales.

**Gráfico 15.** Instrumentos internacionales que reconocen y promueven la igualdad remunerativa en el tiempo.



Elaboración propia.

## Tutela de la igualdad remunerativa en el ordenamiento jurídico peruano

Conuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018:01), que enuncia certeramente: “lograr la igualdad y eliminar la desigualdad en el empleo es una tarea fundamental con la que toda la sociedad debe comprometerse, ya que la desigualdad influye en diferentes planos y vulnera la dignidad de la personas”, vulnera a las personas en tres distintos ámbitos: en el plano individual, pues la discriminación limita la libertad de las personas perjudicando su bienestar personal; en el plano económico, pues la discriminación altera la productividad empresarial y el crecimiento, ya que se desperdician las capacidades de las personas que aportan al proceso productivo, al no valorar de forma debida su trabajo; y por último hay una afectación al plano social, pues estos tratos diferenciados impactan la unión de la comunidad, incluso la estabilidad política ya que se evita el ejercicio eficiente de la ciudadanía.

Siendo pertinente resaltar que el fin supremo de la sociedad y del Estado, debidamente consignado en el artículo primero de la Constitución Política del Perú, es la defensa de la persona humana y sobre todo lo es, el respeto de su dignidad.

Pues es la dignidad el principio y derecho sobre el cual se deben materializar cada uno de los derechos, ya que es inherente a la esencia misma del ser humano, lo que nos conduce a tratar por igual a las personas, y a no admitir tratos discriminatorios que no tengan una razón objetiva para ello.

Tal como señala Flores Buendía (2017), el derecho a la igualdad remunerativa implica, que el empleador al momento de ejercitar su poder de dirección, se obligue a dar un trato igualitario en materia remunerativa a sus trabajadores, y que las diferencias remunerativas, se basen en criterios objetivos y razonables, ya que ello implica no menoscabar la dignidad de los trabajadores que reciben un tratamiento diferenciado.

Cuando se hace alusión de tratamiento diferenciado, una de las diferencias que resulta pertinente analizar para el caso concreto, es la diferencia basada en el género, donde hay casos en los que el varón gana más que las mujeres, o de ser el caso, al contrario. Lo mismo que, se encontraba taxativamente prohibido, en la Constitución de 1979, en el artículo 43° que establecía: “El trabajador, varón o mujer, tienen derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador”.

La Constitución vigente no se pronuncia de forma expresa acerca del derecho a que varón y mujer gocen de igualdad en su remuneración; sin embargo, se reconoce la condición de derecho humano fundamental, amparado por la protección constitucional a la remuneración, mediante el artículo 24° de la Constitución Política vigente, la misma que enuncia: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

Así como también la Constitución en mención, reconoce como derecho fundamental el derecho a la igualdad mediante el artículo 2° inciso 2, cuando refiere que: “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera”, el énfasis es un agregado mío, es así que, se proscriben los tratos discriminatorios entre varones y mujeres; pero es hasta el año 2017, que se emite una ley especial, en la que se prohíbe expresamente la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, antes de ello, en nuestro país, a partir de marzo de 2007, se contaba con la Ley N° 28983 - Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, dicha ley, en su artículo primero enuncia que, tiene por objeto: “establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, con la finalidad de garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad”. La mencionada Ley, en su artículo segundo, conceptualiza a la discriminación, como cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, cuya base sea el sexo, y que acarree consigo el resultado de un menoscabo o

anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera económica, social, cultural o en cualquier otra. Y luego de enunciar sus principios rectores, insta a que el Estado, mediante el Poder Legislativo, apruebe la normativa necesaria orientada a garantizar los derechos de igualdad entre mujeres y hombres en diversas esferas de su vida, entre ellas, en el literal a) del artículo 5° establece que esta garantía de igualdad, también sea a nivel laboral.

Diez años más tarde, el congreso promulga una ley especial que taxativamente prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. El referido instrumento legal, con su reglamento y demás políticas públicas que se orientaron a dar efectividad a la norma, serán desarrolladas a continuación:

### **Ley n.° 30709 - Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres**

El 26 de diciembre de 2017, se promulgó la ley en mención; sin embargo, tuvo su primer antecedente legislativo, el 29 de septiembre de 2016, con la presentación ante el Congreso del Proyecto de Ley N° 343 – 2016, cuya denominación en su fórmula legal era: “Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres”, a su vez, el referido proyecto pretendía modificar la Ley N° 27270 - Ley Contra Actos de Discriminación, teniendo como prohibición, las formas de discriminación en el empleo, en cuanto al requerimiento de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en el sexo, así como la obligación por parte de los empleadores a informar a sus trabajadores la política salarial del centro de trabajo, en la que se incluyan criterios de diferenciación basados en una categorización óptima que contribuya a un trato equitativo a nivel salarial.

El segundo antecedente legislativo, se presentó en noviembre del mismo año, mediante el Proyecto de Ley N° 636 – 2016, bajo la denominación de “Ley que garantiza la equidad de género en el empleo”, este proyecto, tenía como particularidad, que su objeto, el mismo que se consigna en su artículo 1°, era el de garantizar la equidad de género en el empleo respecto a su acceso, con procesos de selección publicitados y bajo cuotas de género en el acceso a los cargos de nivel jerárquicos, también instaba a asegurar planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades laborales y en el artículo destinado a las remuneraciones, establece la obligación a que el empleador garantice la igualdad remunerativa y de cualquier otra forma de retribución laboral entre

hombres y mujeres que desempeñan un mismo cargo y la misma función. Tal iniciativa legislativa, tenía como ámbito normativo, tanto al sector público, como al privado.

El tercer antecedente legislativo, es el Proyecto de Ley N° 972, de febrero 2017, bajo la denominación “Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres”. Su objeto estaba orientado a reducir las brechas remunerativas entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías de funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo; no obstante, tal determinación, encontraría su origen en la negociación colectiva, mediante la cual se establezca un cuadro de categorías de trabajadores, dando origen a un convenio colectivo con efectividad normativa para todos los miembros de la empresa, bajo un carácter de permanencia.

El Pleno del Congreso, el 15 de noviembre de 2017, luego de algunas modificaciones y teniendo en cuenta los dictámenes emitidos por las Comisiones de Trabajo y Seguridad, y de Mujer y Familia, aprueba en primera votación, los proyectos de ley antes referidos. Y el 27 de diciembre de 2017, se aprueba la Ley N° 30709 - Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres; esta ley tiene aspectos sumamente importantes, ya que a detalle establece la prohibición de la discriminación, pero no solo ello, sino que aborda diversos estadios de la relación laboral, como se irá detallando a continuación.

En primera instancia, debo mencionar que el ámbito normativo de esta ley, es tanto para el sector público como para el sector privado; he de mencionar también, que el objeto que persigue, está consignado en su artículo 1°, y es el de: “prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo”. Tal determinación de las categorías se hará mediante cuadros, lo mismo que es una obligación del empleador, con la finalidad que cada uno de estos cuadros consigne remuneraciones acorde a categorías sin discriminación.

Como se mencionó, esta ley no agota su regulación normativa en establecer la prohibición de no discriminar, sino que también se ocupa de la capacitación laboral e insta a que los empleadores, aseguren planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades en los que se garantice la igualdad entre mujeres y hombres.

La normativa analizada, también centra su atención, en el término de la relación laboral, y mediante su artículo 6°, prohíbe el despido y la no renovación



del contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia. De este modo, extiende la protección a las mujeres trabajadoras, con la finalidad de que ellas puedan tener un desarrollo pleno en el ámbito laboral, desde el acceso al empleo, la posibilidad de ser partícipe de capacitaciones, ganar una remuneración por trabajo de igual valor, y que no se dé por terminada la relación laboral por causas vinculadas a la función reproductiva, ya que como mencionan Azabache, Pedro; Barboza, Marina (2017), consecuencia de un conflicto entre responsabilidades familiares y condiciones laborales, los empleadores dudan al momento de contratar a personal femenino, generándose un estereotipo que pone en duda el profesionalismo de las mujeres con relación a las tareas que éstas pueden desempeñar en campo laboral, con base en el supuesto que las responsabilidades familiares ya sean actuales o futuras, van a generar problemas o costos para su empresas.

## **Decreto Supremo 002-2018-TR - Reglamento de la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres**

Al siguiente año de promulgada la ley, exactamente el 7 de marzo de 2018, se reglamenta la misma, donde se especifica la peculiaridad del precepto, en cuanto a la obligatoriedad de categorizar los puestos de trabajo, por el artículo 3° del reglamento, que está en concordancia con el artículo 2° de la Ley, el empleador debe elaborar cuadros de categorías y funciones, aplicando criterios objetivos, como las tareas que entrañan, a las aptitudes necesarias para realizarlas y al perfil del puesto, también se señala, que queda a libre elección, la metodología a emplear con el fin de lograr el fin preestablecido, pues cada una de las empresas, de acuerdo a la situación de la organización, puede definir el plan de acción necesario con el propósito de cerrar brechas salariales.

Cabe precisar que, Villalba (2018), hace alusión a un estudio realizado por Mercer, la consultora en recursos humanos más grande del mundo, que en el marco de la diversidad e inclusión, ideó una metodología efectiva, mediante la cual, se han determinado 5 factores a tener en cuenta para la categorización:

- Factor impacto, por este factor se valorizará: el tamaño de organización, donde se tenga en cuenta los ingresos o activos y la cadena de valor de una compañía, que tiene por utilidad, delimitar los techos para la posición más alta en las empresas; naturaleza del impacto y contribución, estas dimensiones van a permitir comprender, cuál es la influencia de los puestos en la

estrategia y/o resultados de la organización y cuál es la repercusión en los puestos de trabajo.

- Factor comunicación, para este factor, se toma en cuenta la frecuencia de la comunicación que requiere un puesto, la naturaleza de la misma, sin dejar de lado si esta comunicación es realizada de modo interno o externo de una empresa y si esta es influyente en la toma de decisiones.
- Factor de innovación, para este factor, se tiene en cuenta si el puesto exige el desarrollo de nuevas ideas, técnicas y/o procedimientos, y el impacto que este genere dentro de la organización a nivel operacional, financiero y humano.
- Factor de conocimiento, este último, cuenta con tres dimensiones: naturaleza del conocimiento, manejo de equipos y el alcance geográfico del puesto.

Volviendo al análisis del reglamento, el artículo 4º norma, cuál es el contenido mínimo que los cuadros de categorías y funciones deben tener, y estos son: puestos de trabajo incluidos en la categoría; los mismos que deben contener una descripción general de las características que justifique su agrupación dentro de una categoría y; lo más importante, debe consignarse la jerarquización de las categorías con base en su valoración y en la necesidad de la actividad económica. Esta categorización, debe encontrarse inmersa en bandas salariales, o familias salariales, las mismas que funcionarán como parámetros, dentro de los cuales ubicaremos a cada puesto de trabajo.

Este reglamento, también establece taxativa la prohibición de discriminación directa o indirecta por motivo de sexo en la determinación de las remuneraciones; en su artículo 5º, se exige también al empleador que acredite que los puestos de trabajo no son iguales y/o no tienen el mismo valor. Es necesario también tener presente esta prohibición para las negociaciones colectivas de las remuneraciones y cualquier otro beneficio, pues la negociación deberá respetar las categorías de puestos.

Así como también refiere la Ley, que cada una de las diferencias salariales, deben tener una causal objetiva, y el reglamento especifica que esta diferenciación, debe estar justificada con criterios tales como: la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, que se demuestre objetivamente que exista escasez en el mercado de mano de obra calificada, la diferencia salarial es aceptada también en el caso de jornada reducida, en jornadas atípicas o a tiempo parcial.

Catorce años antes de la adopción del Reglamento al que estamos haciendo referencia, Balta (2004), muy acertadamente aseveraba, que para poder determinar efectivamente, si existe una violación a la referida regla, debe probarse lo siguiente: a) Que el trabajo realizado por personal femenino, sea sustancialmente igual al que realiza un hombre. Con este enunciado, se hacía alusión al trabajo de igual valor, donde la nomenclatura del puesto era irrelevante, pues se revisan las obligaciones inherentes al puesto que deban aportarle el mismo valor a la organización; b) Que se presente una desigualdad salarial al comparar el trabajo de la mujer con el de un hombre; importante es la acotación que se hace en el literal d), pues aquí se menciona, que la diferenciación de la que se habla, también debe ser evaluada teniendo en cuenta todas las retribuciones que perciba un trabajador, pues existen muchos conceptos que llevan denominaciones que dan la apariencia de no ser remunerativos; sin embargo, lo son, y no hay que perderlos de vista; c) Que el trabajo sea realizado en el mismo establecimiento, es aquí donde yo tengo una discrepancia, pues hoy en día, las formas de las organizaciones son muy complejas y dentro de la misma empresa, hay puestos que son desarrollados, en sucursales o incluso en otras provincias, así como, también debe hoy en día, tomarse en cuenta, que esta igualdad remunerativa, englobe a los grupos de empresas, ya que dentro de este tipo de organización, existen muchos puestos que desempeñan cargos de igual valor y del mismo aporte para la empresa.

Tal como señala, Blume (2018: 04) merecen “especial atención los períodos de incapacidad temporal para el trabajo vinculados con el embarazo, la licencia por maternidad o por paternidad sea esta legal o convencional, el permiso por lactancia materna o la asunción de las responsabilidades familiares”, en razón de ello, el artículo 10°, señala como criterios prohibidos de diferenciación en las remuneraciones: aquellos vinculados directa o indirectamente con el embarazo, la maternidad, la paternidad, la lactancia, las responsabilidades familiares o ser víctima de violencia, sean estos, períodos efectivamente laborados o períodos de incapacidad temporal.

## **Guía para la Igualdad Salarial**

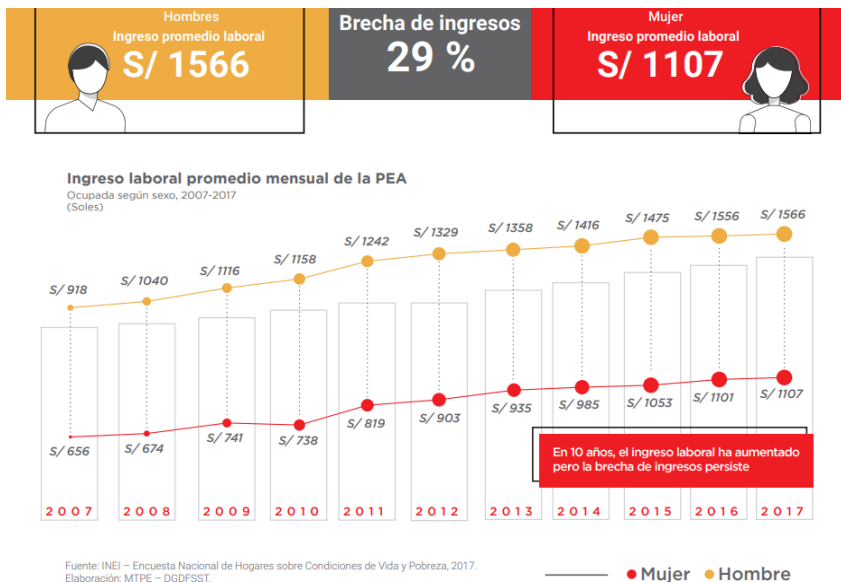
El 21 de diciembre de 2018, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, específicamente la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, bajo la asistencia técnica del Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad (WORKQUALITY) y al Servicio de Género, Igualdad y Diversidad (GED) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), elabora la Guía para la Igualdad Salarial, cuyo contenido presenta en primera instancia,

las cifras reales que encontramos en nuestro país, las mismas que nos muestran el porcentaje exacto de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, luego de ello, expone algunas razones referentes a la importancia de reducir la brecha salarial, hace un recuento de los lineamientos normativos existentes, y como parte medular, contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por los empleadores para hacer la categorización de puestos.

Esta guía evidencia, cuál es la evolución de la remuneración durante diez años, desde 2007 hasta 2017, teniendo que a ese año, la brecha ascendía al 29%, lo que significa, que los varones peruanos en el año 2017, ganaban 29% más que las mujeres, traducido monetariamente, equivale a que el salario promedio de los varones, era equivalente a S/ 1566 soles, y el de las mujeres, era equivalente a S/ 1107 soles; esta estadística, tiene como variables de ingreso promedio, a las personas que son empleadoras, a los asalariados, independientes, trabajadoras no remuneradas, es decir, a aquellas mujeres que como vimos en el primer capítulo, son invisibilizadas porque realizan labores domésticas y aquellas trabajadoras del hogar.

Mediante el gráfico 16, puede verse, que la brecha salarial en nuestro país, es algo constante, y que por más que hay cambios en cuanto a las remuneraciones, siempre se presenta esta diferenciación salarial entre varones y mujeres.

**Gráfico 16.** Brecha salarial en el Perú y su evolución a lo largo de diez años.



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Guía para la Igualdad

Pertinente resaltar, que la fuente de esta estadística, corresponde al Instituto Nacional de Estadística e Informática, que tomó la muestra en el año 2017, antes de la dación del ordenamiento jurídico especial que regula la prohibición de discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Es por ello que, incluso a la fecha, no resulta factible demostrar fehacientemente, la efectividad de la norma que fue dictada a fin del año 2018.

La Guía en mención, contiene también un acápite dedicado a la implementación de las medidas de igualdad salarial, a modo de apoyo técnico para las organizaciones, pues previo a la Ley, no era común, realizar evaluaciones objetivas de los puestos de trabajo que estén sujetas a criterios de categorización que no se basen en el género de las y los trabajadores, pues lo común era, que las evaluaciones periódicas se realicen a los trabajadores de forma individual y calificándose su desempeño laboral, más no el aporte que este trabajador o trabajadora le proporcione en valor a la empresa, y era una conducta normalizada que trabajos de igual valor, obtengan remuneraciones distintas, en razón a su denominación.

El siguiente gráfico, corresponde al proceso de implementación de la Guía para la igualdad salarial, recomendándose seguir técnicamente estos pasos, con el fin de lograr una implementación adecuada de las medidas de igualdad salarial al interior de las empresas.

**Gráfico 17.** Proceso de implementación de medidas de igualdad salarial dentro de las organizaciones.



Fuente: Guía para la Igualdad 2018.

En cuanto a los pasos propuestos, el primero de ellos, será el destinado a la identificación de los puestos de trabajo existentes al interior de la organización. El segundo paso que la guía propone, es la determinación del género en los puestos, aquí se realizará una evaluación porcentual, teniendo en cuenta la evaluación histórica, con el objetivo de determinar, si están ocupados mayormente por hombres, mujeres o si son puestos neutros. Mediante el tercer paso, se valorizará los puestos de trabajo, aquí se le otorgará el valor al puesto, de acuerdo a criterios objetivos que permitan determinar el real valor y aporte que este le otorga a la organización, todo ello, mediante un sistema de evaluación de puntos por factor.

Los factores a evaluar, serán los siguientes: calificaciones o competencias (cognitivas o físicas) que el puesto requiere, no de la persona que desarrolla la labor, otro factor está referido a las responsabilidades que el puesto requiera tanto para con el personal, como para el empleo de recursos financieros, o para con equipos; otro factor a evaluar es, el de las condiciones de realización del trabajo, en cuanto al entorno o psicológicas. El paso cuarto, estará orientado a comparar puestos y cálculo de diferencias salariales, ya que luego de realizar la determinación del valor real de puestos de trabajo, el comparar aquellos predominantemente femeninos con los masculinos, es un acierto para validar diferencias remunerativas. Y el paso quinto, el final está dirigido a implementar medidas para eliminar la brecha salarial, aquí se realizará un plan de igualdad salarial que deberá contener como mínimo: el diagnóstico de las brechas existentes, también debe contener una propuesta de métodos de corrección de brechas, la misma que se realizará siguiendo un cronograma que incluya la planificación de medidas correctivas, y algunas formas de supervisión y monitoreo.

La guía en mención, refiere a que el proceso, estará a cargo de un comité de igualdad salarial, tal comité, estará conformado por el representante de la empresa, así como representantes de las trabajadoras y trabajadores, con el fin de que ello, de garantía de la presencia equitativa de varones y mujeres.

## **Fiscalización de la igualdad en materia remunerativa**

Con la emisión de la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, se asignó a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, de acuerdo con sus competencias, la función de fiscalizar el cumplimiento de la mencionada ley, según lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final de la misma.

Para tal efecto, la SUNAFIL publicó la versión 2 del “Protocolo para la Fiscalización de las Obligaciones en Materia Remunerativa Previstas en la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres” a través de la Resolución de Superintendencia 234-2019-SUNAFIL (22 de mayo de 2019), con el objeto de determinar las reglas y las pautas para la fiscalización de las obligaciones en materia remunerativa, establecidas en la Ley 30709, que comprende tanto las disposiciones de la “Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categoría y funciones, el modelo de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial” aprobada por Resolución Ministerial 243-2018- TR (25 de setiembre de 2018), como de la “Guía Metodológica para la Valoración Objetiva, sin Discriminación de Género, de Puestos de Trabajo y Elaboración de Cuadros de Categorías y Funciones”, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 145-2019- TR (22 de mayo de 2019).

En otras palabras, la finalidad del Protocolo, consiste en promover el cumplimiento de las obligaciones que en materia remunerativa ha impuesto la Ley 30709, a través de la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la observancia del principio de igual remuneración por igual trabajo. Es importante mencionar que, en general, las obligaciones de la Ley 30709, son exigibles a partir del 1° de julio de 2019 y, para el caso de las micro y pequeñas empresas, el cumplimiento de dichas obligaciones, se fiscalizará a partir del 1° de diciembre de 2019.

El Protocolo menciona, cuáles son las actuaciones inspectivas a realizar, con relación a la investigación y fiscalización de las siguientes materias específicas:

**a) Fiscalización de la obligación de contar con el Cuadro de Categorías y Funciones (CCF) y con una Política Salarial:** En primer lugar, el personal encargado de la inspección, deberá verificar que el empleador cuente con el CCF, el cual no deberá tener ninguna justificación basada en el sexo de los trabajadores y trabajadoras. Además, verificará que éste cuente con el contenido mínimo: puestos de trabajo incluidos en la categoría; descripción general de las características de los puestos de trabajo que justifican su agrupación en una categoría y; la ordenación y/o jerarquización de las categorías con fundamento en su valoración y a la necesidad de la actividad económica.

De igual manera, el personal que inspecciona, deberá verificar, que el empleador cuente con una política salarial, y que ésta haya sido puesta en conocimiento del personal.

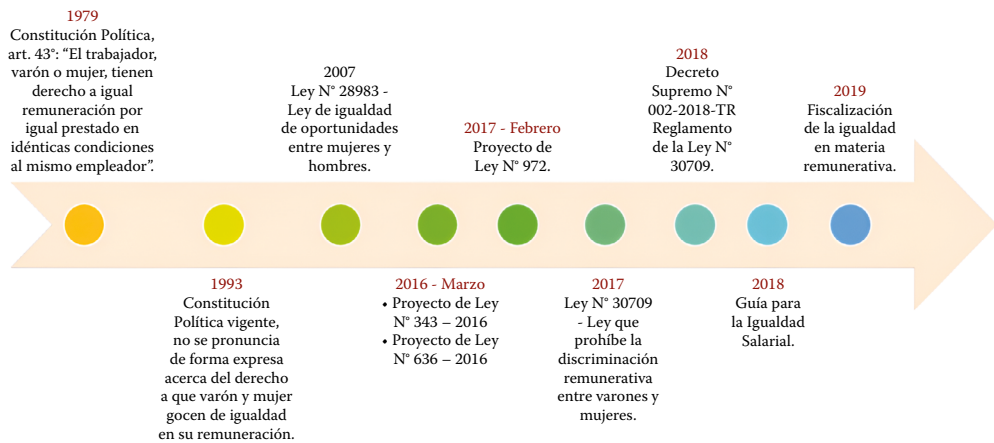
El Protocolo hace una precisión con respecto al uso de metodologías distintas a las aprobadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para la elaboración del CCF o de la política salarial, señala que no implica infracción alguna, siempre y cuando el empleador cumpla con las disposiciones específicas del Protocolo.

**b) Fiscalización sobre el cumplimiento de la prohibición de discriminación en la determinación de las remuneraciones:** Al respecto, el personal inspectivo, verificará que el empleador no incurra en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo. Para lo cual, hechos como el embarazo, la maternidad, la paternidad, la lactancia, las responsabilidades familiares o ser víctima de violencia, no podrá considerarse como una diferencia objetiva y razonable que justifica un tratamiento remunerativo diferenciado.

Asimismo, para verificar la existencia o no de discriminación remunerativa directa por razones de sexo, deberán realizarse las siguientes acciones:

- I. Realizar una comparación y determinar si entre las funciones que han sido asignadas a la trabajadora o trabajador afectado, coinciden o son similares con el puesto que se le ha atribuido en el CCF y la política salarial de la entidad empleadora.
- II. Verificar la presencia de criterios objetivos de pudieran justificar diferencias remunerativas, tales como: antigüedad, desempeño, convenio colectivo previo, experiencia laboral, perfil académico o educativo, entre otros.

**Gráfico 18.** Tutela de la igualdad remunerativa al interior del ordenamiento jurídico peruano en el tiempo.



Elaboración propia



Realizado el análisis pertinente de cada uno de los instrumentos normativos que tutela la igualdad remunerativa en el ordenamiento jurídico peruano, conviene hacer una línea del tiempo, y mediante el gráfico 18, cronológicamente se puede observar la evolución histórica de estos instrumentos normativos a nivel nacional.

## La igualdad remunerativa en el Derecho Comparado

Ahora bien, luego de estudiar los instrumentos internacionales que desarrollan el derecho a la igualdad remunerativa y analizar la Ley N° 30709, es pertinente, citar la legislación comparada que se ha desarrollado sobre este punto de derecho, en los distintos ordenamientos jurídicos, en especial de Europa y de la región latinoamericana.

Si bien es cierto, los Estados han regulado el Principio de no discriminación salarial por razón de sexo mediante sus correspondientes normativas nacionales, los países de la región, en su mayoría, han regulado el mencionado principio, con características ciertamente distintas.

La Organización Internacional del Trabajo (2013), ha agrupado a las legislaciones, de acuerdo a las diferencias antedichas en tres grandes grupos con rasgos disímiles, que paso a citar:

- Algunos países, han establecido de manera general, la prohibición de discriminación basada entre otros motivos por el sexo, pero sin embargo, no se ha proclamado expresamente el principio de igualdad de remuneraciones.
- Con un enfoque distinto, otros países han incorporado el principio de igualdad salarial, aunque con una aplicación o alcance notoriamente limitado, teniendo en cuenta la tesis de “igual salario por trabajo igual”.
- Finalmente, un tercer grupo de Estados proscribe la discriminación por razón de sexo en los “criterios de remuneración”. De esta manera, se establece una amplia fórmula, que va a permitir contemplar y tratar situaciones evidentes de discriminación salarial directa e indirecta.

Por su parte, la regulación antidiscriminatoria que se desarrolla alrededor de toda Europa, viene cumpliendo enfáticamente tres funciones (Ramos, 2016): preventora, tutelar y promocional. En la función de carácter preventivo, la normativa señala, que la igualdad implica la no tolerancia y prohibición de determinadas conductas. El carácter tutelar, se refiere al sistema jurídico que trata de combatir y erradicar cualquier conducta discriminatoria, de manera

que se recurra a las sedes administrativa y judicial para la debida reparación del derecho vulnerado. Y, en última instancia, la función promocional, está dirigida al fomento de la igualdad y superación de obstáculos, que no permiten que la igualdad sea real y efectiva, a través de la implementación de acciones afirmativas, en beneficio exclusivo de las mujeres.

Así, Sagardoy (2018) destaca que, se puede mencionar los casos de Suecia, Noruega, Irlanda, Dinamarca y Alemania. Estos países, han establecido de manera expresa, determinadas normas que obligan a los empleadores a detectar, resolver, prevenir y elaborar planes de acción que contribuyan a evitar las desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. En el otro extremo de Europa, en España precisamente, desde el año 2007, se han emitido una profusión de normas que favorecen la igualdad entre hombres y mujeres, y cursan diversas propuestas parlamentarias, destinadas a seguir promocionando el principio de igualdad que debe materializarse entre varones y mujeres.

En cuanto a la regulación del Principio de no discriminación salarial por razón de sexo en Latinoamérica, debemos enfatizar en lo que ya había anticipado: las regulaciones nacionales tienen rasgos distintos. Esto es importante mencionarlo, en el entendido de que la no discriminación, no es una cuestión fácil de afrontar, ya que es un fenómeno social que no se presenta de igual manera y con similar magnitud, porque la misma humanidad, es diversa en la raza, el color, la religión, las creencias y culturas.

En ese sentido, mencionan Vargas & Bracchi (2016, pág. 87), el principio de no discriminación, forma parte de las normas internacionales del trabajo, y ha sido recogido y regulado por los Estados en sus normas nacionales. Es decir, en general, los Estados han ratificado el Convenio 100, Convenio sobre igualdad de remuneración, y el Convenio 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Organización Internacional del Trabajo, y adicionalmente, han emitido normas internas que desarrollan dicho principio de acuerdo a los estándares internacionales y a sus propias realidades sociales.

De este modo, se encuentra que Brasil, ha regulado la no discriminación por razón de género en las relaciones laborales mediante la Ley 9.002/1995, que en su artículo 2º, establece la determinación de la no discriminación en las relaciones de trabajo, en atención a los clásicos problemas, la discriminación y los prejuicios que han desfavorecido a las mujeres. A la par, la Ley 9.779/99, establece la prohibición de cometer actos discriminatorios, cuyo objetivo es proteger el trabajo de las mujeres.

En el caso de Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, emitido en el año 1950 y modificado en la Ley 1496 del año 2011, establece el imperativo de igualdad en todos los trabajadores, de manera que no se permite alguna diferenciación entre trabajadores, estableciendo mecanismos que erradiquen cualquier forma de discriminación y garantizando la igualdad salarial entre varones y mujeres. La Ley 1496, en su artículo 3°, define expresamente, la discriminación en materia salarial, por razón de género, como toda situación de trato diferenciado e injustificado, expreso o tácito, que se encuentra relacionado con la retribución económica que se percibe en el marco de una relación de trabajo por razón de género. Sin embargo, la promulgación de la mencionada ley, no ha sido suficiente para combatir la discriminación por razón de sexo en el mercado de trabajo colombiano, por lo que, se han aprobado acciones afirmativas a través de la Ley 581 del año 2000, por la cual se establece la cuota del 30% para el acceso de las mujeres a cargos directivos en el Gobierno.

En Argentina, se ha emitido la Ley de Contrato de Trabajo, que en su artículo 81 establece, la “obligación genérica de dispensar igual trato ante situaciones iguales, considerando que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias por razones de sexo, religión o raza”. No obstante, desde hace ya algún tiempo, se promulgó la Ley 20.392 en el año 1974, que recoge los preceptos del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, prohibiendo los tratos diferentes en el pago de las remuneraciones a los hombres y mujeres ante trabajos de igual valor. Luego, en el año 2009, se emite la Ley 26.485, Ley de Protección Integral de las Mujeres, cuyo objetivo es acabar o erradicar las formas existentes de violencia contra las mujeres en todos los ámbitos sociales en que se desenvuelven. Para tal efecto, Discenza (2018) manifiesta que, la referida norma, tiene una sección que se enfoca en la discriminación remunerativa, señala que se denominará violencia económica, aquella situación en que las trabajadoras perciban un salario menor por igual trabajo dentro de un mismo centro laboral, pues se contraponen con el derecho de igual remuneración por igual función o trabajo.

Por su parte, la Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile (2010) enuncia, que el ordenamiento jurídico chileno, cuenta con la Ley 20.348, Ley de remuneraciones entre hombres y mujeres, que modificó el Código de Trabajo chileno, reafirmando el derecho de no discriminación en materia salarial entre hombres y mujeres, indicando que cuando se realicen iguales funciones, una mujer y un varón deberán ganar el mismo salario.

## **Repensar la pensión de jubilación en el sistema privado de pensiones bajo una perspectiva de género**

**La pensión de jubilación, un auténtico derecho humano fundamental que debe ser gozado con dignidad.**

### **La Pensión de Jubilación**

Siguiendo a la Organización Internacional del Trabajo (2017), la seguridad social es un derecho humano constituido por un conjunto de políticas y programas diseñados a reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida de las personas.

La misma que, luego de períodos de desarrollo y evolución, en palabras de Abanto Revilla (2019: 412), se ha configurado como un mecanismo de protección, cuya finalidad es brindarnos las herramientas o prestaciones necesarias para atender las diversas contingencias sociales que se presentan a lo largo de nuestras vidas (vejez, accidente, enfermedad, embarazo, muerte, etc.), con el objetivo de que mantengamos un nivel económico que nos permita cubrir las necesidades básicas.

Pues podemos verla como un estabilizador automático en tiempos de crisis para etapas futuras, ya que es una inversión en las personas capaz de empoderarlas a adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo.

Respecto de la vejez como un riesgo por cubrir o una de las contingencias de la vida del ser humano, el sistema de seguridad social confiere una prestación económica denominada pensión de jubilación. Esta, a su vez, se ha convertido, tal como señalan Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017) en una de las principales manifestaciones y preocupaciones de la seguridad social, ya que representa una de las transferencias de fuente segura de ingresos más trascendentales en las sociedades modernas.

Es indudable que, el otorgamiento de una pensión ante la contingencia “vejez”, se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad de la persona humana, tal como señalan Cruz, Seminario, Leiva, Moreno, & Zegarra (2018), las pensiones de jubilación, son las llamadas a sostener a las personas mayores durante la última fase de sus vidas, garantizándole al pensionista, un ingreso económico que le permita vivir decentemente, pues, en palabras de Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017: 103) “por su edad avanzada o condición de salud son vulne-

rables y ya no pueden participar o reincorporarse en el mercado de trabajo”, es por ello que, debe garantizarse a todos, las ciudadanas y los ciudadanos, el acceso a pensiones de jubilación que les posibiliten, tanto a ellos como a su familia, una vida acorde con su dignidad.

Ahora bien, al preguntarnos acerca de la primera referencia normativa de previsión social en nuestro país, Neves Mujica (2016) acota que, a mediados del siglo XIX, esta se introdujo para importantes grupos tales como los militares y los empleados públicos, mediante la Ley de Goces, Jubilación, Cesantía y Montepío, con el transcurrir de los años la cobertura se fue extendiendo a otros sectores de la población como a los obreros y así también fueron tomadas en cuenta otras contingencias.

Su tutela constitucional primigenia, se encuentra en la Constitución de 1920, promulgada durante el Gobierno de Augusto B. Leguía, en su artículo 56°, establece el deber del Estado de “fomentar las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares”. Tal como señalan Bonilla García & Conte - Grand (2001:26), por aquellos años, resultaba pertinente instar al Estado a “dar satisfacción a las necesidades reales de gran parte de la población, de una manera eficaz”, mediante la creación de instituciones capaces de cumplir con tal objetivo.

Así también, la Constitución de 1933, mediante su artículo 48, menciona algunas contingencias que la Seguridad Social debe cubrir, y se hace referencia a la edad, que será cubierta con una pensión.

Pasados los años, la Constitución del 1979, le dedicó un capítulo especial a la Seguridad Social, mediante nueve artículos, en los cuales enuncian como contingencias a cubrir: enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez; a su vez, también desarrolla la personería jurídica de la institución encargada de preservar fondos intangibles, que serán destinados únicamente a cubrir contingencias antes mencionadas. Y dentro de este capítulo, el artículo 20° establece, que el monto de las pensiones debe estar acorde al costo de vida y que este sea periódicamente reajustado, con el fin de procurar que las pensiones cubran la contingencia para las que fueron otorgadas.

Nuestra Constitución vigente, ya no tiene un capítulo especial para la materia; sin embargo, otorga reconocimiento a la seguridad social como un derecho

universal y progresivo, le delega a la Ley, regular las contingencias que esta va a cubrir. El artículo 11, garantiza el libre acceso a las pensiones, con la atingencia que éstas pueden ser otorgadas por entidades públicas o por privados, y que el Estado debe velar por la eficacia del funcionamiento, teniendo presente que estos fondos son intangibles.

Tal como refieren Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017), la pensión de jubilación como un derecho humano fundamental, tiene su respaldo jurídico, en la Constitución Política vigente, mediante una referencia expresa y, también, en mérito de la incorporación directa de los instrumentos internacionales al ordenamiento jurídico, permitida en el artículo 55; ha sido reconocido como un derecho humano en dos instrumentos fundamentales de derechos humanos, la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, que dispone en su artículo 25 numeral 1°, lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Así también el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en su artículo 9, establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

El referido derecho también está consagrado en el tratado fundamental de la materia el Convenio 102 de la OIT - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), data del año 1952, fue ratificado por nuestro país el 23 agosto de 1961, y tal como menciona Oficina Internacional del Trabajo (2006) determina que la pensión debe alcanzar el 40% del salario de referencia y cada Estado está en la obligación de revisar estos montos, haciendo comparaciones con el costo de vida.

No obstante, existen también otros convenios OIT, que son materia de protección del tema pensionario, que no han sido ratificados por nuestro país, como el Convenio 128 y la Recomendación 131, ambos le sirven de complemento al Convenio 102, ya que con ellos, se establecen aspectos relevantes de las prestaciones, tales como: la naturaleza, las condiciones para adquirirlas y la duración de ellas.

A su vez, el supremo intérprete de nuestra Constitución, se pronunció sobre este asunto, en la Sentencia 1417 – 2005- PA, fundamento 37, argumentando que:

(...) el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a la vida acorde con el principio- derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal (...).

Este derecho humano fundamental en nuestro país, se materializa mediante sistemas de jubilación, los cuales se desarrollarán en detalle en el acápite siguiente:

### **Sistemas de Jubilación**

Por un lado, el sistema de pensiones se encuentra organizado en torno a tres subsistemas: el subsistema no contributivo, el semicontributivo y el contributivo, el mismo que comprende el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), que están relacionados con los aportes o cotizaciones de los trabajadores y trabajadoras.

Por otro lado, con miras de brindar a los trabajadores y conductores que prestan sus servicios a las microempresas, se propuso el subsistema semicontributivo y subsidiado, denominado Sistema de Pensiones Sociales (SPS), que en la actualidad ha sido regulado pero aún no implementado, su regulación tendiente a brindar protección a aquellos trabajadores que no superen los 40 años de edad, que tengan una contraprestación mensual que no supere 1,5 de la remuneración mínima vital y que no hayan estado previamente afiliados a ningún sistema pensionario. En palabras de Vidal Bermúdez , Cuadros Luque, & Sánchez Reyes (2012:27): “Este sistema ha sido diseñado como de capitalización individual con financiamiento del afiliado y el Estado”, el afiliado aportaría un 4% de la remuneración mínima vital, y el otro aporte, estaría a cargo del Estado, sería facultad del afiliado, la elección de quien administre sus aportes en una cuenta de ya sea la Oficina de Normalización Previsional o alguna Administradora de Fondos de Pensiones.

Casalí & Pena (2020) acotan, que de forma complementaria a los sistemas contributivos, en el año 2011, se creó el Programa Nacional de Asistencia Solidaria (Pensión 65) con la finalidad de brindarle protección mediante pensiones no contributivas a los adultos mayores a partir de los 65 años que se encuentren en situación de pobreza y no tuvieron la posibilidad de acceder

a una pensión contributiva, este tipo de pensión, posee un carácter residual y complementario con relación a las pensiones contributivas, se encuentra justificado constitucionalmente, y surge como respuesta a la falta de cobertura de los adultos mayores residentes en áreas rurales y en las regiones más pobres del país. Configurando así la construcción del pilar solidario en nuestro país.

Además, de los subsistemas mencionados, coexisten determinados regímenes pensionarios, dirigidos a determinados grupos, como son el Régimen del Personal Militar y Policial (Decreto Ley N° 19846), y aquellos que ya no se encuentran abiertos para la incorporación como: la Caja de Beneficios Sociales del Pescador y el de los Trabajadores y Funcionarios del Estado (Decreto Ley N° 20530).

Es preciso presentar mediante el Cuadro 3, un esquema realizado por Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017: 108), que muestra la estructura de sistema previsional en nuestro país, los regímenes, la gestión de estos, la población beneficiaria, los requisitos de acceso, financiamiento y las prestaciones en cada uno de los regímenes, que previamente fueron desarrollados.

En torno al subsistema contributivo, Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017) manifiestan que el sistema de pensiones en el Perú, se encuentra bajo un modelo dual o paralelo, conformado por el Sistema Nacional de Pensiones, que obedece a un régimen contributivo público de reparto, su funcionamiento se basa en los aportes de los trabajadores activos que financian las pensiones de los trabajadores en retiro y sus derechohabientes, otorgando pensión mínima equivalente a S/500, y pensión máxima por un monto de S/892.36, al cumplirse los requisitos de acceso opera bajo la administración de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). A su vez, los mencionados autores explican, que el sistema pensionario público, está constituido por cuatro subregímenes: 1) Régimen de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, reglamentado por el Decreto Ley N° 19846; 2) Régimen de los funcionarios públicos, normado por el Decreto Ley N° 20530; 3) Régimen del Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990; y, Régimen de los servidores diplomáticos, normado mediante Decreto Supremo N° 065-2009-RE.

Por su parte, el régimen privado, que está representado por el Sistema Privado de Pensiones, viene siendo regulado en el Decreto Ley N° 25897, se encuentra a cargo de empresas alineadas por un régimen de capitalización o fondo individual, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).



Cuadro 3. Estructura del Sistema de Pensiones del Perú.

Régimen	Gestión	Población Beneficiada	Requisitos de Acceso	Financiamiento	Prestaciones
Contributivo	Sistema Nacional de Pensiones (SNP).	Trabajadores del sector formal de la economía, estos, trabajadores asalariados y dependientes.	65 años de edad con 20 años de cotización (aportes)	Aportes del trabajador (13%) Empleado no realiza aportes. Gobierno brinda la garantía necesaria para asegurar una pensión mínima.	Sistema de reparto administrado por el Estado con beneficio definido. Pensión de vejez; Pensión anticipada; Pensión de invalidez; Pensión de sobrevivientes; Subsidio de sepelio.
	Sistema Privado de Pensiones (SPP). Conformado por cuentas individuales de capitalización (CIC), administradas por las AFP.	Trabajadores del sector formal de la economía, estos, trabajadores asalariados y dependientes.	65 o cualquier edad si el saldo de la cuenta individual es suficiente para poder sustituir el 50% del promedio de los ingresos en los últimos 120 meses.	Aportes de trabajadores dependientes e independientes del 10%, más 0,91 % al seguro de invalidez y sobrevivencia, más el 1, 81% de gastos administrativos. Empleador no realiza aportes y el gobierno garantiza la pensión mínima.	Sistema de capitalización y ahorro individual administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP); Pensión de vejez; Pensión mínima garantizada; Pensión de invalidez; Pensión de sobrevivientes; Subsidio de sepelio.
Semicontributivo	Sistema de Pensiones Sociales.	Trabajadores de microempresas y, además, aquellos que no hayan sido previamente afiliados a un sistema pensionario, siempre que no superen los 40.	Ser trabajador de una microempresa.	Aportes del trabajador (hasta el 4% de la Remuneración Mínima Vital RMV) y del Estado la cuantía equivalente.	Sistema de cuenta individual de capitalización subsidiada.
Subsidiado o esquema no contributivo	Pensión 65	Adultos mayores de 65 años en extrema pobreza.	Ser ancianos mayores de 65 años y vivir en condiciones de extrema pobreza y que no cuentan ya con una pensión.	Financiamiento público total.	Pensión no contributiva (tipo vejez)
	Pensión para personas con discapacidad.	Personas con discapacidad severa.	Ser discapacitado.	Financiamiento público total.	Pensión no contributiva.

Fuente: Gonzales Hunt, C., & Paitán Martínez, J. (2017). El Derecho a la Seguridad Social. Lima: Fondo Editorial PUCP.

En lo que respecta a los requisitos para jubilarse en el subsistema contributivo de nuestro país, Abanto Revilla (2014) menciona, que existen dos modalidades de jubilación: por edad y por años de servicios. Por su parte, el Sistema Privado de Pensiones, utiliza el modelo de la edad; en los Decretos Leyes N° 19846 y N° 20530, se aplica el modelo de los años de servicios; y, en cuanto al Sistema Nacional de Pensiones, se emplea un esquema mixto en el cual se exige ambos requisitos para jubilarse, que son una edad mínima y una determinada cantidad de aportes, de acuerdo con la modalidad que implica.

Luego de enunciar los diversos sistemas de jubilación, resulta pertinente mostrar, la distribución de las tasas de afiliación al sistema de pensiones, presentes en el 2017, es así que, el Cuadro 4, refleja que la Población Económicamente Activa, está representado por un total de 16,510,984, de los cuales un 64,6% no goza de protección frente a la contingencia de la vejez, y tan solo el 35,4% está afiliado al aún sistema pensionario, este porcentaje es equivalente a 5,840,115 personas.

Este cuadro indica también que, la tasa de afiliación al sistema pensionario por categorías ocupacionales, donde la más alta tasa, se encuentra en los asalariados del sector privado, seguido de los dependientes en el sector público, así también, las tasas más bajas están formadas por las categorías del personal que realiza trabajo familiar no remunerado y trabajadores del hogar, siendo aquí donde hay una mayor presencia femenina.

**Cuadro 4.** Tasa de Afiliación a un Sistema de Pensiones Según Categoría Ocupacional (2017)

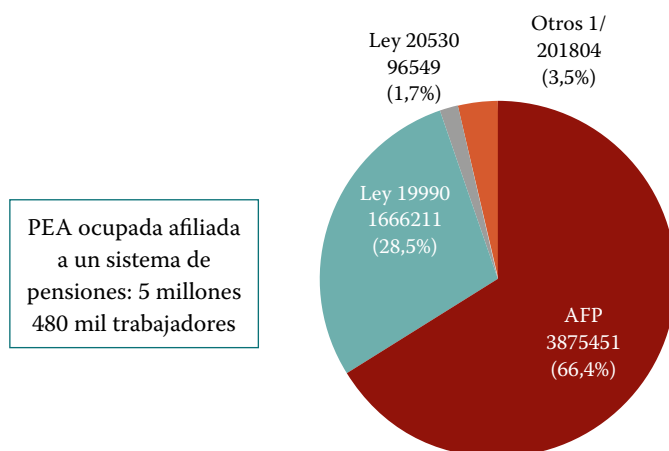
Categoría Ocupacional	Afiliados a un sistema de pensiones (A)	No afiliados a un sistema de pensiones (B)	PEA Ocupada en cada categoría (c)=(A)+(B)	Afiliados a un sistema de pensiones (%) (D)=(A)/(C)	No afiliados a un sistema de pensiones (%) (E)=(B)/(C)
<b>PEA ocupada afiliada a un sistema de pensiones</b>	5,840,115	10,670,869	16,510,984	35.4	64.6
Asalariado público	1,224,429	198,386	1,422,815	86.1	13.9
Asalariado privado	3,113,457	3,124,588	6,238,045	49.9	50.1
Independiente	1,122,503	4,977,145	6,099,649	18.4	81.6
Profesional o técnico	138,741	154,585	293,325	47.3	52.7
No Profesional o técnico	983,763	4,822,561	5,806,324	16.9	83.1
Empleador o conductor de empresas	210,663	443,397	654,060	32.2	67.8
Trabajador familiar no remunerado	113,467	1,587,777	1,701,244	6.7	93.3
Trabajador del hogar	55,597	339,575	395,171	14.1	85.9

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.

Y de las 5, 840,115 personas mencionadas en el cuadro anterior, que están afiliadas a un sistema de pensiones, en el Gráfico 19, se pone en evidencia los diversos sistemas elegidos, encontrando así, preferencia por el Sistema Privado de Pensiones en un 66, 4 %, equivalente a 3 875 451 personas afiliadas en los años 2004 al 2017. Seguido de 28,5 % de personas que optaron por afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones, bajo la Ley 19990, luego están las cajas de pensiones de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y más, con un porcentaje de 3,5% y finalmente en 1,7% una parte del Sistema Nacional de Pensiones, bajo un régimen ya cerrado que es el de la Ley 20530.

Sin perder de vista este elevado porcentaje en cuanto a la afiliación al Sistema Privado de Pensiones, y dado que, en la presente investigación, se evidencia con mayor claridad en este tipo de sistema. A continuación, se desarrollarán algunos aspectos relevantes del sistema.

**Gráfico 19.** Perú: PEA Ocupada con Acceso a Protección Social en Pensiones, Según Tipo de Sistema de Pensión, 2004-2017



**Fuente:** INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.

## Sistema Privado de Pensiones

Conforme señala Neves Mujica (2006), el Sistema Privado de Pensiones, nace por la década de los ochenta, como respuesta a una crisis que atravesaba la seguridad social, por la disposición indebida de los fondos y su empleo para fines distintos a los previstos por la seguridad social. Así pues, enuncian Morón & Carranza (2003), que el Sistema Privado de Pensiones, aparece con el Decreto

Ley N° 25897, publicado en el año de 1992, iniciando sus operaciones en 1993, como un sistema alternativo al régimen administrado por el Estado.

De esta manera, el Sistema Privado de Pensiones, surge con el objetivo de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de previsión social en el área de pensiones (artículo 1 del Decreto Ley N° 25897), y está conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), que otorgan obligatoriamente a sus afiliados, las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Tal como lo enuncian Gónzales Hunt & Paitán Martínez (2017: 127), se trata de un “régimen pensionario fundamentado en el ahorro individual forzoso”, donde la contribución de cada afiliado, irá a una Cuenta de Capitalización Individual (CCI); como señalan Casalí, Cetrángolo, & Goldschmit (2015), estas cuentas, estarán conformadas por el aporte obligatorio que cada trabajador entrega a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), el cual corresponde al 10% de la remuneración imponible mensual, más comisión y prima por seguro. Esta acumulación de cotizaciones, serán administradas convenientemente, de forma que se obtenga una rentabilidad, fruto de las inversiones que las AFP’s hagan con el dinero, para que al llegar a la edad de jubilación, cada uno de los afiliados reciba el total acumulado en su fondo a través de una pensión, existiendo aquí una clara relación entre el aporte mensual y la pensión. Pues el monto de la pensión, será calculado en función al fondo acumulado en la Cuenta Individual de Capitalización a través de los aportes tanto obligatorios, como voluntarios y al rendimiento que estos hayan tenido a través del tiempo, todo ello, en consideración de la expectativa de vida y la modalidad que el afiliado haya optado para recibir su pensión de jubilación.

Es importante tener presente, que la jubilación se realizará a partir de los 65 años de edad, pues es esa, la edad legal de jubilación; sin embargo, puede optar por una jubilación adelantada, ya que ante este régimen, no es necesario esperar a la referida edad, pues el afiliado, puede hacerlo antes, en caso de cumplir con determinados años de aportación, comoquiera que, la jubilación guarda estrecha relación con la acumulación de recursos en la cuenta individual.

La Superintendencia de Banca Seguros y AFP, es en nuestro país, el organismo que se encarga de regular y supervisar el funcionamiento y los servicios que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP) brinden, en ese sentido, la Superintendencia de Banca Seguros y AFP (2019), en sus medios de comunicación digital, señala que en el Sistema Privado de Pensiones (SPP), hay opciones para percibir la pensión de jubilación, a las que se denominan “Moda-

## Cuadro 5. Modalidades de Pensión

Producto Previsional	Otorga el beneficio	Tipo	Definición	Monedas	Particularidades
<b>Retiro Programado</b>	La AFP otorga la pensión	Básico	El afiliado o beneficiarios, efectúan retiros mensuales contra el saldo de la Cuenta Individual de Capitalización, en función a la expectativa de vida del afiliado y del grupo familiar	Soles	El afiliado o beneficiarios, mantienen la propiedad de los fondos acumulados en la CIC
<b>Renta Vitalicia Familiar</b>	La Compañía de Seguros otorga la pensión	Básico que puede combinarse con un producto complementario	El afiliado o beneficiarios contratan el pago de una renta mensual hasta el fallecimiento del último beneficiario con derecho a pensión, de ser el caso	Soles Dólares Americanos Nominales Dólares Americanos o Soles Ajustados	Una vez elegida esta modalidad, se transfiere el saldo de la CIC a la Cía. de Seguro, quien es responsable de la administración y pago de pensiones. Los casos de sobrevivencia e invalidez que optaron por Dólares Americanos Nominales no tienen la opción de solicitar periodos de garantía
<b>Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida</b>	La AFP otorga la pensión por la Renta Temporal y la Cía. de Seguros otorga la pensión de la Renta Vitalicia	Difundida Básico que puede combinarse con un producto complementario	El afiliado o beneficiarios mantienen en la Cuenta Individual de Capitalización los fondos suficientes para obtener el pago de la Renta temporal por parte de la AFP y, adicionalmente en el mismo acto- contratan con la Compañía de Seguros una Renta Vitalicia diferida al 50%, con la finalidad de recibir pagos mensuales una vez culminada la renta temporal. La renta temporal puede escogerse entre 1,3 o 5 años para los casos que elige moneda soles indexados, soles ajustados o dólares ajustados	Soles Dólares Americanos Nominales Dólares Americanos o Soles Ajustados	Los fondos destinados al pago de la Renta Temporal son administrados por la AFP, lo que corresponde a la Renta Vitalicia Diferida se transfiere a la Cía de Seguros, quien es responsable de la administración y pago de pensiones. Asimismo, los casos de sobrevivencia e invalidez que optaron por Dólares Americanos Nominales solo podrán optar por una renta temporal de 5 años sin periodo de garantía
<b>Renta Vitalicia Escalonada</b>	La Compañía de Seguros otorga la pensión	El afiliado contrata el pago de una Renta Vitalicia mensual bajo la modalidad de Renta Vitalicia Familiar, la misma que está compuesta por dos tramos de pensión determinados por la Compañía de Seguros, donde el primer tramo tiene una duración definida en años- En Soles ajustados puede ser de 5,10 o 15 años y en dólares americanos ajustados de 15 años- el segundo tramo podrá ser equivalente al 50% de la primera pensión del primer tramo	La Renta Vitalicia es en Soles o Dólares Americanos ajustados por una tasa fija anual no menor a 2%	Soles y Dólares Americanos Ajustados	Los fondos destinados al pago de la Renta escalonada está a cargo de la Cía de Seguros, quien es responsable de la administración y pago de pensiones. De elegir 15 años de tramo escalonado, tendrá la opción de elegir periodo garantizado. Al fallecimiento genera Pensión de Sobrevivencia

Fuente: Recopilado de [https://www.integra.com.pe/wps/wcm/connect/www.integra.com.pe/12298/063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1/DOCUMENT-TO+INFORMATIVO+MODALIDADES++DE+PENSIONI.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1](https://www.integra.com.pe/wps/wcm/connect/www.integra.com.pe/12298/063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1/DOCUMENT-TO+INFORMATIVO+MODALIDADES++DE+PENSIONI.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1)

lidades de Pensión”, tales como: Retiro Programado, Renta Vitalicia Familiar, Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida y Renta Vitalicia Escalonada. En cuanto a las diferencias entre las modalidades, encontramos que AFP Integra (2019), respecto a las modalidades, se explicarán algunas generalidades, que serán desarrolladas con mayor detalle mediante el cuadro 5.

## **Impacto de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones**

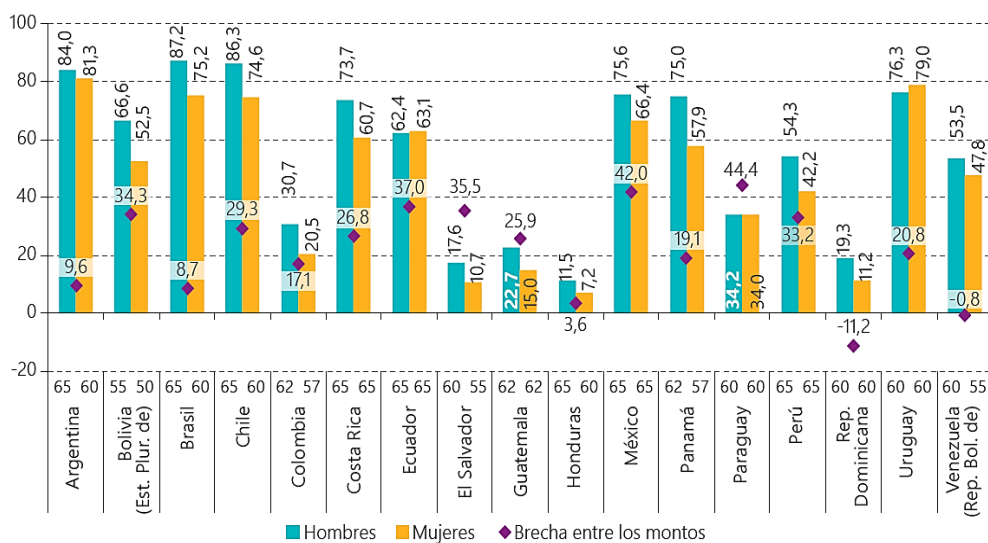
Bertranou (2006), alude a que los sistemas de protección social para atender la vejez, fueron creados a inicios del siglo XX, época de patrones culturales significativamente distintos de los actuales, respecto a las funciones familiares y laborales de hombres y mujeres; no obstante, a la fecha, no se han introducido reformas significativas capaces de permitir una adecuación de la seguridad social a la realidad del mercado laboral y a la organización familiar. Así también, Amarante, Colacce & Manzi (2016) señalan, que la menor participación laboral de las mujeres, debido a un sinnúmero de barreras de acceso al mundo del trabajo, trayectorias laborales interrumpidas por responsabilidades familiares y no solo ello, sino también la discriminación remunerativa que las perjudica, generan que al culminar su ciclo como trabajadoras remuneradas, tengan mayor probabilidad de acumular menos años de contribución, y además, de una menor masa de aportes, si la comparamos con los hombres, a efecto del cálculo de las jubilaciones.

En este apartado, se hará hincapié, sobre el impacto que generan las inequidades de género presentes en la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación, específicamente en el sistema privado de pensiones, ya que la lógica de este sistema radica, en el ahorro individual, donde el monto de la jubilación, dependerá directamente del ahorro mensual que el trabajador o trabajadora haya aportado cuando era activo. Es aquí, donde la brecha salarial y el trato diferenciado por los trabajos de igual valor, encuentran su efecto reflejo con las pensiones de jubilación, ya que si las mujeres durante la trayectoria laboral, venían ganando 29% menos que los hombres, cuando se jubilen, van a percibir como pensión de jubilación, un monto también inferior al que reciben los hombres, inclusive la brecha pensionaria, podría mantenerse o acrecentarse, ya que se le suman una serie de factores a la determinación de las pensiones.

No obstante, no basta con presentar un análisis descriptivo, es preciso que, a partir de estadísticas desagregadas por género, se visualicen las desigualdades, no solo el ciclo laboral, sino también el reflejo de los sesgos en la seguridad social, específicamente en las pensiones de jubilación, hecho que no se da de manera singular o aislada en nuestro país, sino que se presenta también en otras realidades, siendo común en la región latinoamericana.

A continuación, en el Gráfico 20, se muestran los porcentajes diferenciados por género del acceso a pensiones de jubilación, tanto contributivas como las no contributivas en 17 países de América Latina:

**Gráfico 20.** Proporción de personas que reciben pensiones de jubilación a partir de la edad legal de jubilación, por sexo, y brecha entre los montos de las prestaciones de mujeres y hombres en 17 países de América Latina: (En porcentajes)



*Fuente:* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “De beneficiarias a ciudadanas: acceso y tratamiento de las mujeres en los sistemas de pensiones de América Latina”, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Estudios, N° 2 (LC/PUB.2019/4-P), Santiago, 2019.

Conforme expresa CEPAL (2019: 52) en el Gráfico 20, en la gran mayoría de los países de Latinoamérica, se observa que: “sistemáticamente, las mujeres tienen menores niveles de cobertura. Por lo tanto, son destinatarias en menor medida

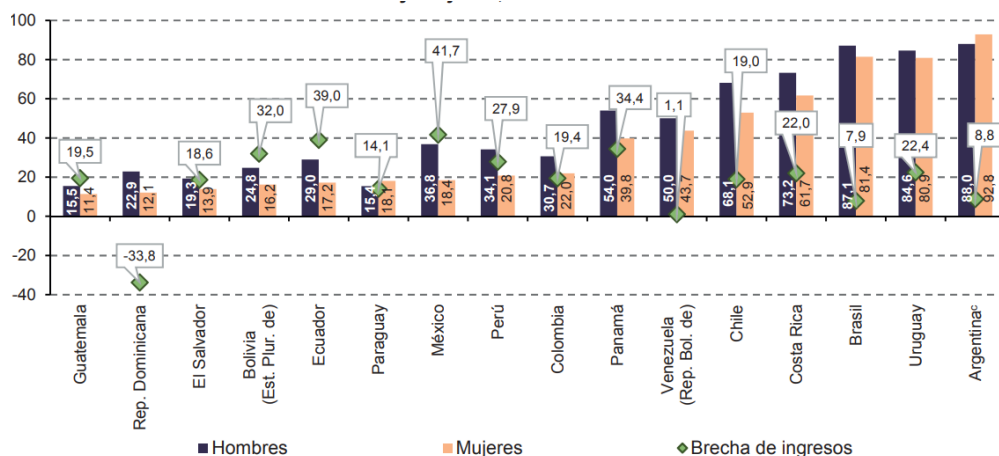
de las prestaciones de la seguridad social en la vejez. Las únicas excepciones son el Uruguay y el Ecuador, donde la diferencia entre mujeres y hombres es de menos de 3 puntos porcentuales”, es decir, en los países referidos, las mujeres cuentan con un mayor porcentaje de personas que reciben pensiones de jubilación. No obstante, se encuentra que, la constante es que se presente un mayor porcentaje de varones, que acceden a pensiones de jubilación, incluso el país donde hay mayor diferencia porcentual es Panamá, pues aquí, el 75,0% de la población masculina, accede a pensiones de jubilación, frente al 57,9% de mujeres, teniendo una diferencia porcentual de 17,1%, seguido de Bolivia, que presenta una diferencia de acceso del 14,1% a favor de los hombres, luego está Costa Rica, con 13% de diferencia entre varones y mujeres que acceden a pensiones, con 12% más de hombres que mujeres que acceden a pensiones de jubilación están Brasil, Chile y nuestro país también bordea esa cifra. Ahora bien, el país donde hay un equilibrio entre el porcentaje de hombres y mujeres que acceden al sistema pensionario, es Paraguay.

En el Gráfico 20, también se observa la brecha entre los montos de las prestaciones recibidas por hombres y mujeres, siendo una constante, que los varones perciban montos superiores en sus pensiones de jubilación, a las que reciben las mujeres, teniendo que el país con mayor brecha es Paraguay, paradójicamente, este es el que presenta un equilibrio porcentual entre varones y mujeres que acceden a pensiones de jubilación, cabe resaltar, que este gráfico, agrupa pensiones contributivas y no contributivas, quizá pueda ser la razón, para que a pesar de tener el equilibrio en el acceso, represente una brecha tan elevada, equivalente a 44,4%, ocurre algo similar con Ecuador, que se muestra como otro de los países con equilibrio de acceso, sin embargo, su brecha es de 37,0%, seguido de Bolivia, que presenta una brecha de 34,3%, encontramos a nuestro país, con una brecha equivalente a 33,2%, cabe resaltar, que la brecha es mayor incluso a la brecha remunerativa, y en los países con menores brechas, están Brasil con 8,7%, Honduras, Venezuela y República Dominicana.

Tal como se refirió, la data mostraba tanto las pensiones contributivas como las no contributivas, por lo que resulta necesario, traer a colación, la data que hace alusión únicamente a las pensiones contributivas, es decir, únicamente mostrar aquellas pensiones que son fruto del aporte de las personas durante su ciclo laboral. Por esa razón, se presenta el siguiente gráfico:



**Gráfico 21.** Personas de 65 o más años, que reciben pensiones y jubilaciones contributivas, según sexo y brecha de ingresos entre hombres y mujeres en 16 países de América Latina.



*Fuente:* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “La nueva ola de reformas previsionales y la igualdad de género en América Latina”, Asuntos de Género, Santiago, 2016.

Haciendo la segregación y dejando solo a las pensiones no contributivas, mediante el Gráfico 21 se puede observar, de una forma más objetiva, las brechas que entre los montos que las pensiones representan, pues estas pensiones contributivas, configuran el resultado de los aportes que cada una de estas personas realizaron durante su vida laboral, encontrando cifras bastante preocupantes, tal como refiere Marco Navarro (2016), estas cifras son capaces de desnudar la realidad que las mujeres, al culminar su ciclo como trabajadoras remuneradas, tienen mayor probabilidad de acumular menos años de contribución y también menores aportes que los hombres, así, estas inequidades presentes en el ciclo laboral, se reflejan en las jubilaciones.

Así, el Gráfico 21, muestra que de América Latina, el país con la más alta brecha en pensiones jubilación es México, donde las mujeres mayores de 65 años, gozan de una pensión equivalente al 41,7% menos de la que perciben los varones; en Ecuador, los hombres perciben una pensión de jubilación superior en 39,0% a las de las mujeres; seguido de Panamá, donde los hombres reciben pensiones 34,4% más elevadas que las mujeres; en Bolivia, la brecha es de 32%, en nuestro país, las mujeres reciben como pensiones de jubilación, un monto inferior en 27,9% de lo que reciben hombres; resulta pertinente señalar, que para el año

en que se realizó la estadística referida, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), señalaba que la brecha salarial nacional era equivalente a 28.6%. Las brechas más bajas en cuanto a la percepción de pensiones de jubilación, están en Argentina, donde las mujeres perciben 8,8% menos que los hombres, seguido de Brasil, Venezuela y República Dominicana.

Así pues, la Organización de los Estados Americanos (2007), ha afirmado, que las mujeres suelen enfrentar diversas dificultades en las fases que conforman el proceso de acceso y el goce de la seguridad social en cuanto a los sistemas de pensiones.

## **Desigualdad de género en la contribución y capitalización individual de los fondos privados de pensiones**

La OEA (2007: 34) ha señalado, que las mujeres, en primer lugar, experimentan dificultades cuando aportan a sus fondos de pensiones, en el entendido de que “tienen una menor densidad de contribuciones debido a menos episodios de empleo con contribuciones, mayor participación en esquemas de trabajo flexible o informal, salidas del mercado de trabajo por crianza, labores de cuidado o matrimonio, entre otros”.

Es por ello, que resulta sumamente útil, el poder mostrar la data desagregada por género, cobertura contributiva de las pensiones en Perú; no obstante, resultaría aún más enriquecedor para la presente investigación, el poder presentar la estadística desagregada por género, tanto en el sistema privado de pensiones, como en el público, así como también la brecha entre los montos que se reciben por concepto de pensiones en nuestro país, pero no se encontraron registros oficiales, lo que denota una realidad que está siendo invisibilizada, por lo que a ciencia cierta, no es posible determinar el porcentaje exacto del impacto de la discriminación remunerativa por razón de género en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones; no obstante, ello no significa, que este problema no existe.

Pues, tal como refiere Casalí & Pena (2020: 17) “la desigualdad y la persistente brecha de género en el acceso a los sistemas de pensiones están estrechamente vinculadas a las desigualdades existentes en el mercado de trabajo y en el empleo”.

En ese sentido, es pertinente precisar dos aspectos que impactan considerablemente el sistema privado de pensiones al momento en que las mujeres aportan o contribuyen a sus fondos de pensiones:

- ♦ **Menor masa de aportes a las Cuentas de Capitalización Individual en las mujeres.**

Conforme se ha desarrollado en el primer capítulo de la presente tesis, el mercado de trabajo, presenta una expresa división sexual, en la que inciden fuertemente los roles de género y las construcciones sociales en los trabajos y ocupaciones de hombres y mujeres. En consecuencia, se ha dicho, que las mujeres se han visto vulneradas en lo que se refiere a su derecho al acceso a trabajos donde se respete el principio de igualdad remunerativa por trabajos de igual valor. Sin embargo, debe enfatizarse, en que la descrita discriminación salarial por razón de género, genera una discriminación que se refleja en las pensiones de jubilación inferiores en cuanto al monto que perciben las mujeres. Dicho de otra manera, acota Quintanilla Navarro, citada por Gete & Sobrino (2008: 340), si se tiene presente que las pensiones de jubilación tienen carácter contributivo y, siempre que la aportación al sistema previsional se realice con base en remuneraciones discriminatorias, “el resultado es que dichas prestaciones se verán afectadas del mismo carácter discriminatorio que el propio salario reviste”.

Por consiguiente, teniendo en consideración que el cálculo de las pensiones en el sistema privado de pensiones, se realiza en razón al aporte mensual que cada afiliado haya abonado a su Cuenta Individual de Capitalización, se evidencia con mayor claridad en este sistema, el impacto de las remuneraciones discriminatorias que reciben las mujeres en sus pensiones de jubilación inferiores que percibirán a futuro, perpetuándose dicha discriminación más allá del ámbito netamente laboral, alcanzando a la seguridad social mediante discriminaciones derivadas, específicamente en los montos de las pensiones que las mujeres reciben al jubilarse, incluso se da el caso que la densidad de sus aportes fue insuficiente para poder gozar de una pensión de jubilación.

Así, en el cuadro 6 se observa que, en el intervalo de tiempo entre el 2008 al 2018, hay un incremento en el porcentaje de la población ocupada que aporta a un sistema de pensiones; no obstante, durante estos 10 años, existe la brecha constante entre el porcentaje de aportantes hombres y mujeres. Para el año 2018, de toda la población femenina ocupada, tan solo el 28,3% están afiliadas al sistema de pensiones, mientras que en el caso de los hombres, se encuentra que el 41,2% viene aportando al sistema de pensiones, encontrando una brecha equivalente al 12,9%, esta es la data promedio en todo el ámbito nacional; sin embargo, no podemos perder de vista, las diferencias que se presentan entre las áreas de residencia, llámense área rural y área urbana,

encontrando que las mujeres del área rural, son las más vulnerables, pues tan solo el 4,9% de las mujeres ocupadas, están afiliadas a un sistema previsional, frente al 34,7% en el área urbana; es importante resaltar estas diferencias, ya que aún en muchos lugares rurales, se mantienen múltiples costumbres arraigadas por las que las mujeres desarrollan trabajo doméstico no remunerado o labores en el campo, que son infravaloradas y desarrolladas al margen de la formalidad; podrían ser estas, algunas razones para que en la zona rural, tan solo 4 de cada 100 mujeres que trabajan, tienen la posibilidad de aportar a un sistema de pensiones y contribuir para tener una vejez con una pensión digna. Pero las diferencias, no solo están presentes entre las mujeres de acuerdo a su zona de residencia, sino que también están presentes si hacemos la comparación entre hombres y mujeres, ya que 13,8% los hombres de la zona rural, aportan al sistema de pensiones, frente al 49,6% en el área urbana.

**Cuadro 6.** Mujeres y hombres ocupadas/os que aportan al sistema de pensión, según área de residencia, 2008 - 2018.

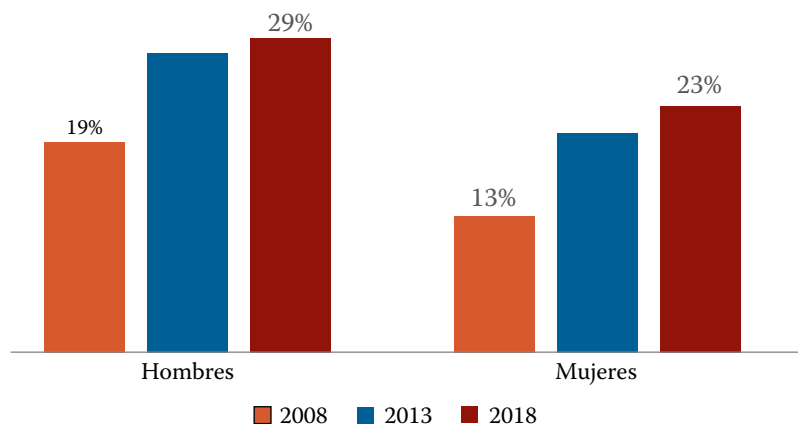
Área de residencia / sexo	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<b>Nacional</b>											
Mujeres	18,6	20,4	20,7	23,3	25,0	25,3	27,7	26,9	27,1	27,9	28,3
Hombres	32,3	35,2	36,6	36,6	38,5	38,9	40,5	39,1	40,2	41,3	41,2
<b>Urbana</b>											
Mujeres	24,9	27,2	27,2	30,2	32,0	32,1	34,8	33,8	33,8	34,5	34,7
Hombres	41,6	44,9	46,0	45,5	47,4	47,3	49,3	47,4	48,1	49,7	49,6
<b>Rural</b>											
Mujeres	2,3	2,7	2,7	3,4	3,8	4,1	4,9	4,2	4,0	4,5	4,9
Hombres	9,6	11,1	12,0	12,7	13,9	14,7	15,1	14,4	15,7	14,4	13,8

*Fuente:* Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - “Brechas de Género: Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres” (2019).

Ahora bien, de todo el porcentaje de la población aportante al sistema de pensiones, al fin de su ciclo laboral, no siempre tienen la opción de contar con cobertura, lo que obedece a diversos factores como a la insuficiencia en la densidad de los aportes, o a que no completaron los años requeridos, no todos tienen cobertura, tal como se puede evidenciar en la Gráfica 22, extraída de un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo, denominado el futuro de las pensiones en el Perú, en el que puede observarse, la data desagregada por género en un comparativo quinquenal de los cotizantes al sistema de pensiones en nuestro país, la evolución de la cobertura en 10 años, comprendidos entre 2008 y 2018; en el caso de los varones, pasó del 19% al 29%, mientras

que en las mujeres, pasó del 13% al 23%. Sin embargo, es constante la diferencia entre la cobertura de los hombres y las mujeres, teniendo como brecha un 6%, comprendiendo esta estadística, tanto al sistema privado de pensiones, como al sistema nacional de pensiones.

**Gráfico 22.** Cobertura contributiva de pensiones en Perú: Cotizantes como proporción de la población ocupada, según sexo (años 2008, 2013 y 2018).

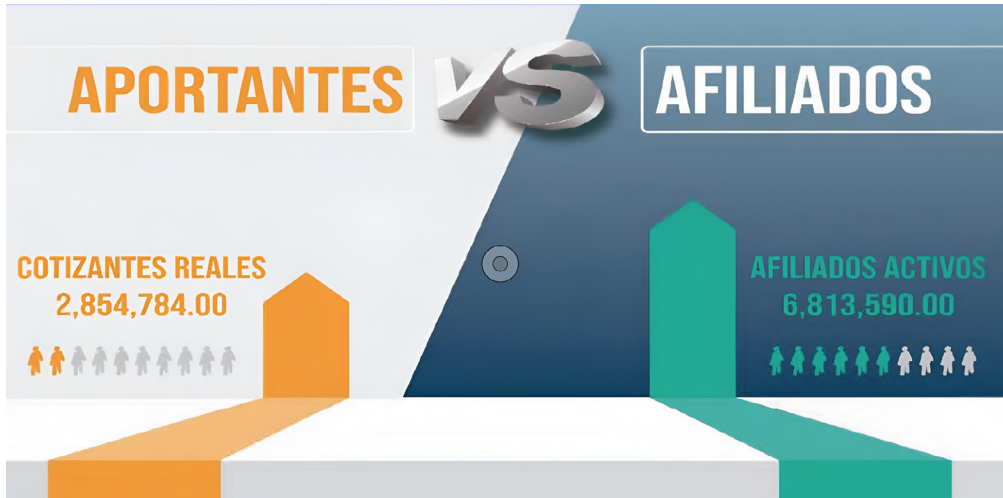


*Fuente:* El futuro de las pensiones en el Perú. Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo. Perú: OIT / Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020.

Es así que, haciendo una evaluación comparativa entre el Cuadro 6 y el Gráfico 22, se observará que en el año 2018, la diferencia entre el porcentaje de aportantes al sistema de jubilación y el de beneficiarios a una pensión, en los hombres, es equivalente al 12.2%, y en las mujeres, es 5,3%, lo que significa que del total de aportantes mujeres, existe un 5,3% que no logran ser beneficiarias de pensiones de jubilación, a pesar de haber aportado durante su ciclo laboral.

Pero, en específico, lo que ocurre en el Sistema Privado de Pensiones, se evidencia en el Gráfico 23, donde puede observarse que, en el año 2018, el total de afiliados al sistema privado, era 6, 813,590; no obstante, tan solo el 41,9%, pueden acceder a una pensión en este sistema, es decir, el equivalente a 2, 854,784. Entonces, en este sistema, existe 58,1% de personas que aportaron y a pesar de tener su derecho expectante, no pueden acceder a una pensión de jubilación, un porcentaje sumamente elevado; sin embargo, no se cuenta con un data desagregada por género, que nos permita determinar con precisión, el porcentaje de mujeres que pese a haber aportado durante su ciclo laboral, su aporte no fue suficiente como para ser acreedoras de una pensión de jubilación.

**Gráfico 23.** Porcentaje de Afiliados y aportantes al Sistema Privado de Pensiones 2018.



Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – Enero 2019.

- **Menor período de acumulación de ahorros en las Cuentas de Capitalización Individual por parte de las mujeres.**

Otro de los aspectos que impacta considerablemente a las pensiones del sistema privado de pensiones de las mujeres, es que ellas, al fin de su ciclo laboral, tienen menos años de aportes, debido a la discontinuidad de las aportaciones al momento de capitalizar y contribuir a sus fondos de pensiones.

La Conferencia Internacional del Trabajo (2019) considera que, los sesgos de género, están muy presentes en el acceso a la seguridad social, y se manifiestan con el aporte de forma discontinua e insuficiente que las mujeres realizan al sistema privado de pensiones, lo que puede obedecer, a las lagunas presentes en su ciclo laboral por la maternidad, por el cuidado de un miembro de la familia, la desigual distribución de las responsabilidades familiares de cuidado y una mayor exposición de las mujeres a trabajos informales y precarios.

Desde ese punto de vista, las mujeres generan menos años de contribución a sus Cuentas de Capitalización Individual, pues de acuerdo con lo mencionado por Salvador (2013: 54), “el sistema social de previsión no garantiza igual seguridad económica a las mujeres que, condicionadas por factores sociales y necesidades familiares, han pasado la mayor parte de su vida alejadas del mercado laboral o

han compaginado las tareas domésticas tradicionales con actividades laborales temporales o marginales”.

Lo mismo que viene condicionado por la persistente división sexual del trabajo, tal como destaca la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2019), las mujeres, al ser las principales responsables del cuidado no remunerado, tienen una menor participación que los hombres en la actividad económica, tal como fue desarrollado en el Capítulo 1 de la presente investigación, donde mediante el Gráfico 4, se presentó la carga horaria semanal que tanto las mujeres como los hombres le dedican a las actividades domésticas no remuneradas, encontrando que, sobre las mujeres, recaen desproporcionadamente las responsabilidades familiares, siendo ellas quienes dedican 16 horas con 47 minutos semanales al cuidado de familiares, frente a 8 horas semanales que los hombres le dedican a la misma actividad.

A pesar de la gran carga horaria que las mujeres dedican a las actividades domésticas no remuneradas, responsabilidades familiares de cuidado de niños o adultos mayores, quehaceres del hogar, ellas son las llamadas “inactivas”, las que están virtualmente fuera de los sistemas de pensiones. No hablamos de un porcentaje menor en la población, pues como se mostró en el Gráfico 3 del primer capítulo, en nuestro país en el 2017, pese a la incorporación laboral femenina, aún se mantienen algunas diferencias, encontrando así una cifra sumamente elevada, equivalente al 65,6% de mujeres consideradas inactivas, lo que significa que un total de 4,3 millones de mujeres, no gozan de protección previsional en nuestro país por derecho propio.

Es así que, aquellas mujeres que no logran una participación en el mercado de trabajo, penosamente se ven excluidas de la seguridad social, a no ser que accedan a ella en calidad de derechohabientes, como viudas heredando la pensión de jubilación de su esposo trabajador que tuvo una vida laboral activa y aportó al sistema previsional.

Por consiguiente, la trayectoria laboral de las mujeres está altamente influenciada por las diversas responsabilidades de cuidado que la sociedad les asigna, ya que muchas de las mujeres convertidas en madres, pasan de tener un trabajo asalariado formal a ser trabajadoras por cuenta propia o incluso asalariadas informales. De ese modo, experimentan cambios en su categoría ocupacional que repercuten directamente en el aporte a sus prestaciones de pensiones futuras.

Lo referido, se evidencia con la data presentada en el gráfico 5, en el que se encontró la brecha salarial de 11% entre las mujeres trabajadoras sin hijos

frente a las que sí tienen hijos, es decir, las madres trabajadoras, ganan un 11% menos que aquellas que no tienen hijos, generando que esta brecha, tenga su efecto en los sistemas de capitalización individual, pues, no se puede perder de vista que, las cotizaciones se realizan en función de las remuneraciones.

Al respecto, también resulta necesario señalar, el trato legal diferenciado que el sistema previsional les asigna a las mujeres y varones en cuanto a las licencias que se otorgan por motivo de maternidad y paternidad, respectivamente. Ambas licencias, cuentan como suspensiones laborales; no obstante, la licencia por maternidad es una suspensión perfecta, en virtud de la cual, la trabajadora no percibe remuneración durante la licencia (98 días), sino que percibe un subsidio que lo paga EsSalud. Por lo tanto, como el mencionado subsidio, no tiene calidad remunerativa, el sistema previsional peruano ha regulado que el período de la licencia por maternidad –que puede extenderse por 30 días más cuando el parto es múltiple–, se configure como una excepción de aportar. Esto significa, que las mujeres por cada parto, se encuentran expuestas a determinados períodos, en los que dejan de cotizar a sus fondos de pensiones, presentando así aportes discontinuos.

Como ya se refirió, estos aportes discontinuos, generan menor contribución a la jubilación de las mujeres; no obstante, tienen un mayor impacto en el sistema privado de pensiones que en el sistema nacional de pensiones, pues en el sistema de reparto, los mecanismos de redistribución solidaria intergeneracional entre todos los afiliados al sistema, permiten atenuar las desigualdades. Lo que no ocurre en el sistema privado, donde las pensiones son directamente proporcionales a la masa de la contribución y al período de acumulación de ahorros.

## **Desigualdades en el goce de las prestaciones de las pensiones de la jubilación**

Es cierto que, las desigualdades remunerativas entre mujeres y hombres que se manifiestan en el mercado laboral, se ven reflejadas en los sistemas de pensiones, presentándose como una relación de causa a efecto; sin embargo, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2004: 242), advierte que “no todo se debe al mercado laboral (sino que diversas normas) previsionales contienen disposiciones expresamente discriminatorias”.

En efecto, Amarante, Colacce, & Manzi, 2016 señalan que, en el Sistema Nacional de Pensiones, una vez finalizado el ciclo laboral, efectúa el cálculo



de prestaciones correspondiente a las pensiones de jubilación, tomando en cuenta tablas de mortalidad unisex, se considera la misma esperanza de vida tanto para hombres como para mujeres, mientras que en el Sistema Privado de Pensiones, consideran tablas de mortalidad diferenciadas por género.

Específicamente, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, aprobó mediante la Resolución SBS 886-2018, que a partir del 1° de enero de 2019, será de uso obligatorio para el cálculo de las pensiones en las modalidades de renta vitalicia familiar y renta vitalicia diferida, y de aplicación gradual y obligatoria, para el cálculo anual de la modalidad de retiro programado que los peruanos varones y sanos vivirán en promedio hasta los 87.5 años, mientras que las mujeres, tiene una esperanza de vida hasta los 90.8 años.

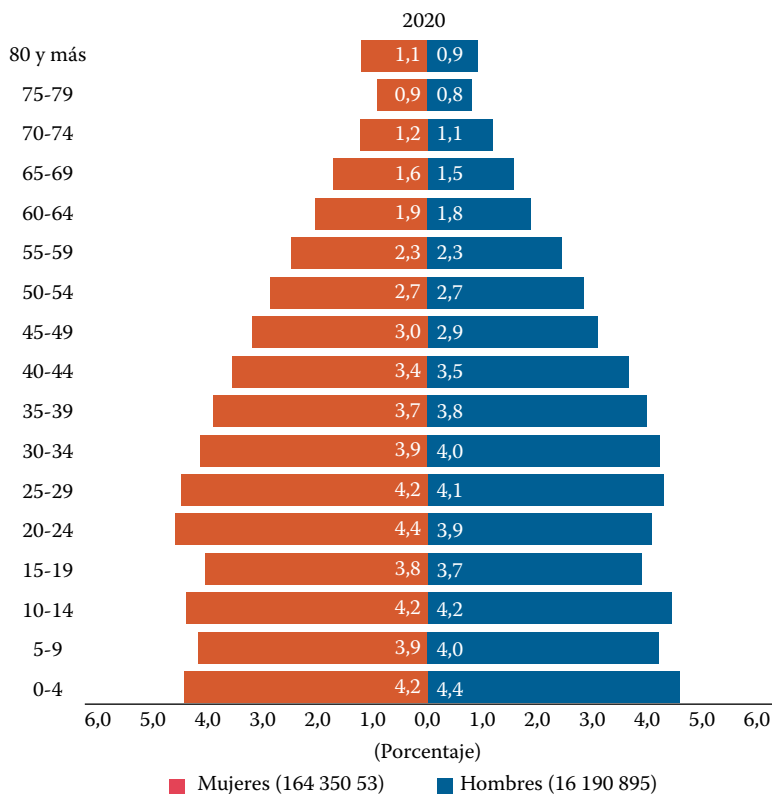
Pasa en nuestro país, que como las mujeres viven más años que los hombres, obtienen como pensiones de jubilación, montos mensuales menores a los de los hombres, pues el monto que ellas reciben por el concepto de jubilación, se define mediante un criterio actuarial en el Sistema Privado de Pensiones, donde el ahorro individual acumulado disponible, debe dividirse entre más años de vida, castigándose así la longevidad de las mujeres.

Es importante considerar las cifras, pues según las proyecciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019), las mujeres peruanas para el año 2020, constituirán la mitad de la población total del país, un equivalente a 16.435.053, mientras que la cantidad de hombres que habrá en el país para el mismo año, será igual a 16.190.895. De este porcentaje, la distribución por grupos de edad, es la que puede apreciarse en el Gráfico 24, en el que se proyecta la longevidad de las mujeres, pues dentro de los grupos de edad comprendidos a partir de 65 años o más, que es la edad de jubilación, hay un 4,8% de mujeres, lo mismo que equivale a 788.883, mientras que, en el mismo grupo etario, se encuentra el 4,3% de varones, lo mismo que equivale a decir que hay 696.208 hombres.

Es así que, el Sistema Privado de Pensiones, posee un diseño con ciertos sesgos de género que van a decantar en desigualdades, pues en concordancia a lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (2017), la aplicación de tablas de mortalidad diferenciadas por género para calcular el monto de la prestación por pensión de jubilación, se traduce en pensiones más bajas para las mujeres que los hombres.

Asimismo, la Organización de los Estados Americanos (2007: 34), ha manifestado que “las mujeres enfrentan una serie de dificultades producto de que,

**Gráfico 24.** Porcentaje de la población estimada y proyectada en Perú, según sexo y grupos de edad.



**Fuente:** Instituto Nacional de Estadística e Informática- Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Nacional, por Año Calendario y Edad Simple, 1950-2050.

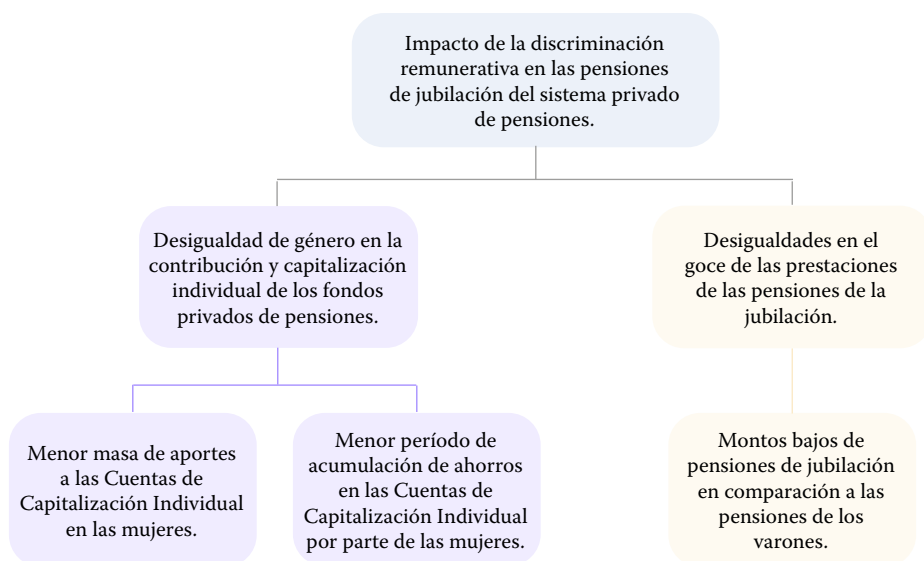
por lo general, salen del mercado de trabajo antes que los hombres y en pocos casos logran completar los años necesarios de contribuciones para recibir una pensión adecuada; además, viven más tiempo lo que les significa pensiones menores mensualmente”.

Así también, añade que, a partir del momento de la jubilación, la calidad de vida de las mujeres, suele verse afectada –pese a que su esperanza de vida es más alta que la de los varones–, ya que la mayoría de ellas, no cuentan con protección social adecuada, o reciben insuficientes pensiones de jubilación que no llegan a cubrir sus necesidades económicas y de salud.

En torno a todo lo mencionado, se tuvo a bien elaborar el siguiente cuadro, con el objetivo de esquematizar con mayor orden, el impacto de la inequidad de

género en las pensiones de jubilación, que las mujeres perciben en el Sistema Privado de Pensiones, lo mismo que no significa que este problema, no esté presente en el Sistema Nacional de Pensiones, sino que fue desarrollado en el sistema privado, ya que aquí, se evidencia con mayor claridad la diferenciación en cuanto a las pensiones, a diferencia del sistema público, donde hay un reparto solidario entre los asociados; aquí en el sistema privado, está íntimamente ligado al aporte mensual que las mujeres le hicieron al sistema.

**Gráfico 25.** Impacto de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del Sistema Privado de Pensiones.



Elaboración propia.

## Medidas para brindar un trato equitativo y para reducir la brecha de género en las jubilaciones del Sistema Privado de Pensiones.

Reafirmando la idea que el derecho a percibir una pensión de jubilación en condiciones equitativas entre varones y mujeres, es un derecho fundamental que debe ser gozado con dignidad, es una necesidad económica y social que actúa como estabilizador automático en la vejez. Se trata de una inversión capaz de empoderar a las personas para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo.

No obstante, precisa la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2004), que en las reformas de pensiones que se llevaron a cabo, se conservaron diversos sesgos y estereotipos de género, ya que se diseñaron bajo la lógica de un tipo de trabajador, varón, trabajador del sector formal con una relación laboral estable que percibe remuneraciones suficientes; sin embargo, las personas prestan su fuerza laboral en relaciones de trabajo temporales, incluso en nuestro país, hay más del 70% de personas en el sector informal y no tienen posibilidades de acceder al sistema previsional ni de mantenerse en él.

Bajo la misma lógica, Bertranou (2020) destaca que, el análisis de género ha sido escaso, incluso ausente en la organización de la provisión de protección social mediante la jubilación del sistema privado de pensiones, pues se asumía que estas deben ser neutrales, ya que no eran capaces de generar efectos diferenciales para hombres y mujeres.

Así, a lo largo de la presente investigación, se demostró el impacto que genera la discriminación remunerativa por razón de género en las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones; ahora, surge la imperiosa necesidad de proponer algunas medidas para brindar un trato equitativo en la jubilación del Sistema Privado de Pensiones, de modo tal que, la seguridad social de cierto modo se adecúe a la realidad laboral y a las organizaciones familiares modernas:

## **Transversalidad de género en las contribuciones y capitalización individual de las pensiones**

La discriminación remunerativa, la segregación laboral, la división sexual del trabajo entre mujeres y hombres, se mantienen y tienen un efecto reflejo en las prestaciones recibidas por conceptos de pensiones de jubilación. Es por ello que, se plantea como primera medida, lo que Aguirre & Scuro Somma (2010) denominan como, un plan de transversalidad de género, cuyo objetivo principal, es fortalecer las capacidades institucionales en materia de género, mediante una serie de acciones que comprenden desde acciones de sensibilización, capacitación y fiscalización y asistencia técnica, implementación de políticas públicas, su gestión y evaluación de sus resultados.

En este sentido, resulta imprescindible, fortalecer la regulación que desarrolla la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, pues, estando frente a un sistema de capitalización individual, todo lo que las personas aporten siendo trabajadores activos, va a convertirse en sus prestaciones futuras.

Por ello, si bien es cierto, la mencionada ley, establece medidas dirigidas para los empleadores como la determinación de categorías y funciones en su organización y la comunicación a los trabajadores sobre la política salarial del centro de trabajo, resulta pertinente incluir, fórmulas legales que puedan ayudar a corregir los efectos de la discriminación salarial por razón de género en la seguridad social, tanto en las prestaciones de salud, como en las prestaciones previsionales.

Por lo que resulta primordial entender, lo que Gete & Sobrino (2008: 341) proponen, que para evitar que las mujeres perciban pensiones de jubilación inferiores, debido a la discriminación salarial, es pertinente, tomar medidas que anulen el mencionado tratamiento discriminatorio, pero además, es importante otorgar una especial protección a las mujeres perjudicadas, afrontando las discriminaciones derivadas, estableciendo “efectos correctores de tal situación mediante la equiparación salarial (para que) se retrotrajeran hasta el período necesario para reparar la discriminación derivada”.

Estos efectos correctores, deberían estar presentes en la instancia judicial, toda vez que, si durante el proceso se prueba que el empleador demandado, otorga remuneraciones distintas a los trabajadores, por razón de género, pese a desarrollar trabajos de igual valor, sin que se pueda demostrar que esta diferenciación se encuentra sobre la base de un factor legítimo y razonable, vulnerando así el derecho a la igualdad remunerativa, no solo se ampare la pretensión de homologación, y el otorgamiento de remuneraciones devengadas por homologación; sino que también, se disponga el aporte al sistema previsional, durante todo el tiempo que no se realizó de modo correcto la contribución a su cuenta de capitalización individual.

La referida acción positiva a favor de las mujeres, estaría perfectamente facultada por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia proferida en el expediente n.º 050-2004-AI/TC (acumulados):

## **Fundamento 146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor**

De ahí que, el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales, medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que, establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión.

Queda claro que, dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social, aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad (...).”.

El Estado, debería procurar la emisión de políticas públicas que conduzcan a la eliminación de sesgos de género al momento en que las niñas elijan los campos de estudio y sus respectivos ámbitos laborales futuros. Pues, es pertinente recordar, que el mercado de trabajo presenta una evidente división sexual en cuanto a las ocupaciones que desempeñan mujeres y varones. Por tanto, es imprescindible que las mujeres, empiecen a ocupar puestos de trabajo que no se encuentren feminizados o necesariamente relacionados con los roles de género que históricamente han sido delegados a la mujer. Tal como se observó en el Gráfico 2, donde Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL evidenció, que en las actividades consideradas como de productividad baja, tales como agricultura, comercio y servicios sociales, comunales y personales, hay un porcentaje de mujeres con relación a los varones que prestan su fuerza laboral. Mientras que en la productividad alta, donde las remuneraciones son sumamente cuantiosas y donde figuran actividades tales como: servicios financieros, minería y electricidad, hay cifras muy bajas de mujeres que desarrollan este tipo de actividades, negándose así a la posibilidad de generar ingresos más altos, que les permitan mejores contribuciones en las cuentas de capitalización individual, que luego se traducirán en prestaciones previsionales menores a las que reciben los varones.

## **Posibilitar al Sistema Privado de Pensiones la compensación de discontinuidades en las aportaciones por razón de responsabilidades familiares**

El hecho de que las responsabilidades familiares, han sido histórica y socialmente, atribuidas a las mujeres, inexorablemente tiene repercusión en su trayectoria laboral, con participación intermitente en el mercado formal del trabajo, mayor probabilidad de acceso al sector informal, donde reciben menores beneficios y condiciones de trabajo precario, dándose así una penalización por las interrupciones laborales en la cotización a sus respectivos fondos de pensiones, reflejado en las lagunas o intervalos de tiempo en los que las mujeres no contribuyen a la seguridad social, que se expresarán en futuras desigualdades de género en el acceso a las pensiones o en el monto de las pensiones.

Es de suma importancia, considerar lo acotado por Amarante, Colacce , & Manzi, (2016), quienes refieren que el sistema tradicionalista de la seguridad social, mantiene una serie de estereotipos y sesgos, pues concibe al varón como el proveedor por excelencia, mientras que a la mujer le asignaba el rol de ocuparse de las responsabilidades familiares y de las tareas domésticas no remuneradas, el rol proveedor del hombre era tal, que se asumía que al fin de su ciclo laboral, debía seguir cumpliéndolo, pues era capaz de sostener al hogar con su pensión de jubilación; no obstante, este rol debería seguir siendo asumido aún después de fallecido, ya que seguía siendo el soporte económico del hogar, con las pensiones de supervivencia o viudez.

Sin embargo, no se han tomado en cuenta, una serie de cambios al interior de las estructuras familiares, ya que ahora, los hogares no necesariamente están conformados por papá, mamá e hijos, hoy en día, se encuentra un gran número de divorcios y hogares liderados por mujeres. Ante tal situación, es de suma importancia, que el sistema de pensiones incluya el reconocimiento de los derechos de las mujeres como titulares de derechos ciudadanos y no solamente los derechos asociados con su rol en el hogar que de forma derivada podrían serle atribuidos.

En ese sentido, Aguirre & Scuro Somma, 2010 acotan que, es pertinente otorgarle mayor visibilidad al trabajo no remunerado que las mujeres realizan en los hogares, pues en las familias, donde las mujeres atienden el proceso de crianza y formación de los hijos, que ellas se enfrentan a pérdidas de empleo, discriminaciones remunerativas, aportes discontinuos o exclusiones del sistema de protección social. De modo tal que, se otorguen respuestas estatales, orientadas a reducir las cargas relativas al cuidado de la familia, con mayores ofertas de servicios educativos, salud, atención a personas dependientes y el otorgamiento de prestaciones capaces de reducir las desigualdades.

Bajo esa lógica, las pensiones de jubilación del sistema privado de pensiones, debería basarse no solo en el aporte que realizan los trabajadores, el que está íntimamente ligado a su remuneración, sino también a procurar la obtención de equidad mediante el aporte que se otorgue por trabajo no remunerado, asociado a labores de cuidados.

Así, considerando que la protección de la función reproductora de la mujer, por ende la maternidad, está íntimamente ligada a la protección de la vida misma, resulta necesaria la toma de medidas para preservar los derechos de las mujeres trabajadoras y evitar que generen lagunas en sus cotizaciones. La medida que se plantea, consiste en que compensen las discontinuidades en las aportaciones, cuando estén ligadas a las responsabilidades familiares.

En específico, el otorgar bonos de cotización a la Seguridad Social por cada hijo nacido vivo, mediante un ajuste al diseño actual en el artículo 14 del Reglamento de la Ley N° 26790, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA y sus modificatorias, donde se precisan que las prestaciones económicas comprenden, los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia. Pues mientras las madres trabajadoras que se convierten en madres, están gozando de su licencia pre y posnatal, la misma que es subvencionada por EsSalud, durante estos más de tres meses, no se aporta a la cuenta de capitalización individual del Sistema Privado de Pensiones. De este modo, resulta necesario, no solo, que se exija el aporte durante este período de tiempo, y así también, como sucede en el caso chileno, que el estado, a modo de un pequeño pilar solidario, contribuya a los fondos de pensiones, de modo tal que no se generen las lagunas en la seguridad social.

Marco Navarro (2016), evidencia una política bastante bien en cuanto al reconocimiento del trabajo no remunerado y la inclusión en la seguridad social, que les otorga Ecuador a sus pobladores, mediante su Constitución. Mediante el artículo 333, establece que:

“Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de y cuidado humano que se realiza en los hogares. El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley”

Además de reconocer al trabajo que se realiza al interior de los hogares, como uno de vital importancia, también se les otorga, a quienes lo desarrollan, la protección en la seguridad social, con ocasión del otorgamiento de un seguro de salud capaz de cubrir todas la contingencias. Y que este trabajo debe ser desarrollado, buscando la corresponsabilidad.

De este modo, las medidas que se proponen, tendientes a compensar la dedicación de las mujeres a las labores de cuidado o por la maternidad, no buscan reforzar el rol de madres y cuidadoras como única opción, sino que buscan el reconocimiento de las labores de cuidado y mejorar la situación de las mujeres en los sistemas contributivos.



## Desterrar la aplicación de tablas actuariales que distingan la expectativa de vida de varones y mujeres

Amarante, Colacce , & Manzi, (2016) manifiestan que, hace algunas décadas, se han venido dando cambios demográficos importantes, relacionados con el envejecimiento de la población, originado por la menor fecundidad y el aumento en la esperanza de vida. Lo mismo que genera riesgos en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en el largo plazo, así como el otorgamiento de pensiones de jubilación desiguales entre hombres y mujeres.

Siendo así, la Organización Internacional del Trabajo acota que, se observan dos factores: la discriminación contra la mujer en el mercado de trabajo y la regulación de regímenes de pensiones que no logran compensar o neutralizar dichos tratos discriminatorios. Es el caso del Sistema Privado de Pensiones, que al aplicar tablas de mortalidad diferenciadas entre hombres y mujeres, y dado que las mujeres tienen mayor esperanza de vida, ocasiona que ellas reciban montos pensionarios menores a los que reciben los hombres, es así que, deberían desterrarse las tablas diferenciadoras, como una medida positiva para lograr la equidad en el cálculo de las prestaciones.

Ahora bien, a modo de esquematización de las medidas para brindar un trato equitativo en las pensiones de jubilación, se elaboró el Cuadro 6, que a continuación se presenta:

**Cuadro 7.** Medidas para brindar un trato equitativo y para reducir la brecha de género en las jubilaciones del Sistema Privado de Pensiones.

Medidas para brindar un trato equitativo y para reducir la brecha de género en las jubilaciones del Sistema Privado de Pensiones.	Transversalidad de género en las contribuciones y capitalización individual de las pensiones.	Fortalecer las medidas correctivas de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, pues, estando frente a un sistema de capitalización individual, todo lo que las personas aporten siendo trabajadores activos, va a convertirse en sus prestaciones futuras.
		Tomar acciones positivas estableciendo efectos correctores de la discriminación remunerativa, capaces de retrotraerse hasta el período necesario para reparar la discriminación derivada en la seguridad social.
		Emisión de políticas públicas que conduzcan a la eliminación de sesgos de género al momento en que las niñas elijan los campos de estudio y sus respectivos ámbitos laborales futuros.
	Posibilitar al Sistema Privado de Pensiones la compensación de discontinuidades en las aportaciones por razón de responsabilidades familiares.	Bonos de cotización a las cuentas de capitalización individual, por cada hijo nacido vivo.
	Desterrar la aplicación de tablas actuariales que distingan la expectativa de vida de varones y mujeres.	Reconocimiento como labor productiva el trabajo no remunerado de cuidado humano que se realiza en los hogares, impulsando, además, medidas de corresponsabilidad familiar.

Elaboración Propia

## Conclusiones

1. La discriminación remunerativa basada en el género, es un fenómeno universal, con determinadas particularidades, dependiendo del orden o contexto social, económico y cultural propios de cada región y, se encuentra determinada principalmente, por factores relacionados con los roles de género preestablecidos en la sociedad y la división sexual del trabajo, que han permitido la aplicación de criterios, prácticas y tratos diferenciados basados en el género de la personas, pese a ejecutar trabajos de igual valor, consintiendo que la remuneración y el trabajo realizado por mujeres sean considerados como secundarios en comparación con los varones, llegando a concretizarse en la brecha salarial verificable en el mercado laboral.
2. Como consecuencia de la discriminación remunerativa, se puede observar determinada brecha salarial en las remuneraciones que perciben varones y mujeres dentro del mercado de trabajo de Perú, ascendente al 29%; es decir, las mujeres perciben de remuneración 29% menos que los varones, pudiendo traducirse monetariamente que los varones perciben en promedio S/ 1,566 soles y las mujeres ganan aproximadamente alrededor de S/ 1107 soles. En los sectores público y privado formal, se advierte que, es mayor la brecha de ingresos en el sector privado formal, ascendente al 30%, y en el sector público, la brecha salarial oscila alrededor del 14%; mientras que, en el panorama global, Perú se ubica en el listado de países con más del 20% de disparidad de remuneración por motivos de género.
3. El derecho a la igualdad remunerativa, ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico peruano a través del llamado bloque de constitucionalidad, conformado por la Constitución Política y los Tratados y Convenios Internacionales aprobados y ratificados por el Perú en materia de Derechos Humanos, los que proclaman expresamente el principio de igualdad y la prohibición de discriminación salarial. En la misma línea, el Perú tutela la igualdad remunerativa mediante el derecho interno, con nuestra Constitución Política vigente que le otorga la calidad de derecho fundamental a la igualdad y prohíbe la discriminación de sexo, así como también le torga carácter de derecho fundamental a la remuneración. En lo que se refiere a las normas con rango legal, tenemos al primer antecedente legislativo con la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, que insta a establecer políticas públicas que garanticen la igualdad y se impida la discriminación. Luego, se promulgó la Ley N° 30709, Ley que

prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, que data del 2017, y fue reglamentada en el 2018 mediante el Decreto Supremo N° 002-2018-TR; es decir, desde la positivización de la prohibición de discriminación remunerativa ha transcurrido poco tiempo, lo que no permite determinar la efectividad real de la Ley. Sin embargo, desde el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo, se están haciendo esfuerzos preventorios, sancionadores y con la emisión de normas y protocolos, con el objeto de que las entidades empleadoras cumplan con el principio de otorgar igual remuneración ante trabajos de igual valor.

4. En cuanto al impacto de la discriminación remunerativa en las pensiones de jubilación del Sistema Privado de Pensiones, tenemos que se debe a la desigualdad de género que se presenta tanto en la contribución como en la capitalización individual de los fondos privados de pensiones, debido a menores contribuciones y menores períodos de acumulación de ahorro que realizan las mujeres a sus cuentas de capitalización individual, por presentar durante su vida laboral activa, lagunas de cotización, relacionadas con las responsabilidades familiares en torno al nacimiento de un hijo, ya que durante el disfrute de la licencia por maternidad, las mujeres dejan de aportar al sistema previsional, lo que no sucede en el caso de los varones con la licencia por paternidad. Sin duda, dicha discriminación remunerativa, podría verse derivada en las pensiones de jubilación, desfavoreciendo y repercutiendo en los ingresos que perciben las mujeres en su vida pasiva.
5. Finalmente, ante la discriminación derivada que sufren las mujeres con sus pensiones de jubilación, reflejo de la discriminación remunerativa, es pertinente implementar diversas medidas legislativas, de políticas públicas, de fiscalización, etc., En tal sentido, es recomendable establecer en los ordenamientos jurídicos, medidas con carácter represivo, preventivo y además corrector, de manera que, las discriminaciones remunerativas y derivadas, sean realmente afrontadas y eliminadas. Por lo cual sugiero que, se adopten como medidas para brindar un trato equitativo y para reducir la brecha de género en las jubilaciones del Sistema Privado de Pensiones, a la transversalidad de género en las contribuciones y capitalización individual de las pensiones, que se posibilite al Sistema Privado de Pensiones, la compensación de discontinuidades en las aportaciones por razón de responsabilidades familiares, y que se destierre la aplicación de tablas actuariales que distingan la expectativa de vida de varones y mujeres.

## Bibliografía

Abanto Revilla, C. 2014. *Manual del Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

Abanto Revilla, C. 2019. La necesidad de reconstruir el Derecho previsional o pensionario en el Perú. . En G. J. S.A, *Los desafíos actuales del Derecho del trabajo. Libro homenaje al Dr. Omar Toledo Toribio* (págs. 411-437). Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.

AFP Integra, 23 de noviembre de 2019. *Documento Informativo. Modalidades de Pensión y Productos Previsionales*. Obtenido de Documento Informativo. Modalidades de Pensión y Productos Previsionales.: [https://www.integra.com.pe/wps/wcm/connect/www.integra.com.pe/12298/063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1/DOCUMENTO+INFORMATIVO+MODALIDADES++DE+PENSION.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1](https://www.integra.com.pe/wps/wcm/connect/www.integra.com.pe/12298/063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1/DOCUMENTO+INFORMATIVO+MODALIDADES++DE+PENSION.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=063bb288-96a5-4f26-9876-56e4deefc8a1)

Aguirre, R., & Scuro Somma, L. 2010. *Panorama del sistema previsional y género en Uruguay. Avances y desafíos*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Amarante, V., Colacce, M., & Manzi, P. 2016. *La brecha de género en jubilaciones y pensiones, Los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-.

Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2019. *La mujer en el Servicio Civil Peruano 2019*. Lima: SERVIR.

Balta Varillas, J. 2004. *Materiales Complementarios de Enseñanza del curso de igualdad y no Discriminación*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Barrig, M. 1988. *Investigación sobre empleo y trabajo femenino. Una revisión crítica*. Lima: ADEC - ATC (Asociación Laboral para el desarrollo).

Bertranou, F. M. 2006. Pensiones, género y (des)protección social: ¿Una agenda pendiente? En L. Abramo, *Trabajo decente y equidad de género en América Latina* (págs. 265 - 287). Santiago: Oficina Internacional del Trabajo.

Bertranou, F. M. 9 de julio de 2020. *Protección Social, Pensiones y Género*. . Obtenido de Protección Social, Pensiones y Género. : [https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/7\\_protec\\_social\\_pensiones\\_y\\_genero.pdf](https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/7_protec_social_pensiones_y_genero.pdf)

Blume Moore, I. 2018. EL NUEVO RETO QUE PROPONE LA LEY DE IGUALDAD REMUNERATIVA ENTRE VARONES Y MUJERES: TRES PROPUESTAS PARA SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA. En S. P. SOCIAL, *VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*. Chiclayo: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Bonilla García, A., & Conte - Grand, A. H. 2001. *Pensiones en América Latina, Dos décadas de reforma*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo.

Casalí, P., Cetrángolo, O., & Goldschmit, A. 2015. *Análisis Integral de la Protección Social en el Perú*. Lima: Oficina de la OIT para los Países Andinos.

Casalí, P., & Pena, H. 2020. *El futuro de las pensiones en el Perú: Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo*. Lima: Oficina de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.

CEPAL, 2007. *Estadísticas para la equidad de género: Magnitudes y tendencias en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

CEPAL, 2016. *Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

CEPAL, 2016. *Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible*. Santiago de Chile : Naciones Unidas.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2019. *De beneficiarias a ciudadanas: acceso y tratamiento de las mujeres en los sistemas de pensiones de América Latina* . Santiago: Naciones Unidas.

Comisión Económica para América Latina, 14 de marzo de 2019. *Seminario “Educación técnico-profesional e inclusión laboral para una mayor igualdad en América Latina y el Caribe”*. Obtenido de Seminario “Educación técnico-profesional e inclusión laboral para una mayor igualdad en América Latina y el Caribe”: [https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/mesa\\_1\\_1\\_scurio.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/mesa_1_1_scurio.pdf)

Conferencia Internacional del Trabajo, 2007. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Obtenido de La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean.: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_226900.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226900.pdf)

Conferencia Internacional del Trabajo, 2019. *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra.

Cruz, M., Seminario, B., Leiva, F., Moreno, C., & Zegarra, M. 2018. *El porvenir de la vejez: demografía, empleo y ahorro*. Lima: Universidad del Pacífico.

Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile, diciembre de 2010. *El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348, Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres*. Obtenido de [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-98920\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-98920_recurso_1.pdf)

Discenza, L. 8 de marzo de 2018. *Apertura. Negocios* . Obtenido de <https://www.apertura.com/abogados/Igualdad-salarial-entre-hombres-y-mujeres-lo-que-dice-la-ley-20180308-0005.html>

Esping-Andersen , G. 2009. *The incomplete revolution. Adapting to women's new roles*. Polity.

Federación Iberoamericana de Ombudsman -FIO-, 2012. *IX Informe sobre Derechos Humanos: Pensiones*. Madrid: Trama editorial.

Flores Buendía, R. 17 de diciembre de 2019. *LA DESIGUALDAD REMUNERATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE ESCALAS SALARIALES EN EL SECTOR PÚBLICO*. Obtenido de LA DESIGUALDAD REMUNERATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE ESCALAS SALARIALES EN EL SECTOR PÚBLICO: file:///C:/Users/MARINA/Downloads/Flores\_Hernan\_desigualdad\_remunerativa%20(1).pdf

Freyre Valladolid, M., & Lópex Mendoza , E. 2011. *Brechas de Género en la Distribución del Tiempo*. Lima: Servicios Generales Victoria de Santos Neyra Christian.

Gonzales Hunt, C., & Paitán Martínez, J. 2017. *El Derecho a la Seguridad Social*. Lima : Fondo Editorial PUCP.

Guerrero Encina, A. 2014. *Derecho de la seguridad social. Legislación y gestión*. Santa Cruz de la Sierra: Editorial e Imprenta Universitaria.

Henríquez Riquelme, H., & Riquelme Giagnoni, V. 2011. *El Derecho a Ganar lo Mismo*. Santiago de Chile: Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

Hurtado La Rosa, R. 2009. *Caracol de Piedra. Fragilidad vs Fortaleza. Aproximaciones al doble discurso del los hombres en Lima Metropolitana*. Lima: Instituto Peruano de Paternidad Responsable.

INEI, 2011. *Encuesta Nacional de uso del tiempo 2010*. Lima: J&F Services Graphics S.A.C.

Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo. 2003. *La Hora de la Igualdad*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Instituto Nacional de Estadística e Informática, 8 de diciembre de 2019. *Perú: Brechas de Género 2019. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres*. Obtenido de Perú: Brechas de Género 2019. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres.: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1716/Libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1716/Libro.pdf)

Kurczyn Villalobos, P. 2009. Conciliación de responsabilidades familiares y laborales. *Derecho & Sociedad*, págs. 269- 290.

La Superintendencia de Banca Seguros y AFP, 23 de noviembre de 2019. *Portal de La Superintendencia de Banca Seguros y AFP*. Obtenido de Portal de La Superintendencia de Banca Seguros y AFP: <http://www.sbs.gob.pe/usuarios/informacion-de-pensiones/pensiones-y-beneficios/modalidades-de-pension>

Maldonado Molina, J. A. 2011. La Edad de Jubilación, Retiro y Vejez. En J. L. Monereo Pérez, & J. A. Maldonado Molina, *La Edad de Jubilación* (págs. 85 - 165). Granada: Editorial Comares S.L.

Marco Navarro, F. 2016. *La nueva ola de reformas previsionales y la igualdad de género en América Latina*. Santiago: Naciones Unidas.

Mena Portocarrero, M. 2018. Tracciones en la Representación de las Relaciones de Género en Marerías Curriculares. Un Análisis de las Rutas del Aprendizaje. En S. Carrillo, & R. Cuenca, *Vidas Desiguales. Mujeres, relaciones de género y educación en el Perú*. (pp. 89 -124). Lima: Litho & Arte.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 17 de diciembre de 2019. *Anuario Estadístico Sectorial 2018*. Obtenido de Anuario Estadístico Sectorial 2018: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/321652/Anuario\\_2018\\_1.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/321652/Anuario_2018_1.pdf)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2018. *Guía para la Igualdad - Igualdad Salarial*. Lima: Formax Print S.A.C.

Morón, E., & Carranza, E. 2003. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993 -2003): Avances, retos y reformas*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad Pacífico.

Neves Mujica, J. 2006. Los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones de la Relación Alternativa a la Complementaria. En S. P. Social, *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional. Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (págs. 821 - 834). Lima: Impreso Gráfica S.A.

Neves Mujica, J. 2016. *PENSIONES, Reforma y Jurisprudencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Oelz, M., Olney, S., & Tomei, M. 2013. *Igualdad salarial: Guía introductoria*. Turín: Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo.

Oelz, M., Olney, S., & Tomei, M. 2013. *Igualdad salarial: Guía introductoria*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo .

Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Seguridad Social y Reforma del Sistema de Pensiones en Chile. *OIT Notas*, pp. 1-6.

OIT, 1993. *Regulación del trabajo de la Mujer en América Latina*. Ginebra: Organización Internaional del Trabajo.

OIT, 2008. *Promoción de la igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos. Guía detallada*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

OIT, 2013. *Igualdad Salarial. Guía introductoria*. Ginebra: Centro Internacional de Formación de la OIT.

OIT, 2013. *Igualdad salarial: Guía introductoria*. Ginebra: Centro Internacional de Formación de la OIT.

OIT, 2013. *Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe*. Santiago: Organización Internacional del Trabajo.

OIT, 8 de marzo de 2018. *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de [https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_619953/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_619953/lang--es/index.htm)

OIT, 2019. *Panorama Temático Laboral 5. Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

Olivera, J. 2010. *Recuperando la solidaridad en el Sistema de Pensiones peruano: una propuesta de reforma*. Lima: Ediciones Nova Print S.A.C. .

Organización Internacional del Trabajo, 2008. *ABC de los derechos de las trabajadoras*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo, 2013. *Acoso sexual en el trabajo y masculinidad: Exploración con hombres de la población general. Centro América y República Dominicana*. San José: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo, 1 de diciembre de 2015. *Igualdad de Remuneración, activador fundamental de la igualdad de género*. Obtenido de Igualdad de Remuneración, activador fundamental de la igualdad de género.: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms\\_438286.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/briefingnote/wcms_438286.pdf)

Organización Internacional del Trabajo, 2017. *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo, 10 de noviembre de 2019. *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Obtenido de Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social: [file:///C:/Users/MARINA/Downloads/trabajo\\_familia\\_nuevas\\_formas\\_consiliacion%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/MARINA/Downloads/trabajo_familia_nuevas_formas_consiliacion%20(2).pdf)

Ramos, M. 2016. Igualdad efectiva por razón de género y políticas de conciliación de la vida laboral y familiar. *Laborem*, pp. 155-191.

Ribeiro Ferreira, M. 2004. Relaciones de género: equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales. *Papeles de Población*, pp. 219-237. Obtenido



de Manuel Ribeiro Ferreira, 2004. Papeles de Población, (39), 219. Retrieved from <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.03f6be43c7b43b>

Sagardoy, Í. 7 de marzo de 2018. Las causas de la desigualdad. la cultura del presentismo, los horarios y las bajas maternales rígidas penalizan a las mujeres en el trabajo. *El País*.

Salas, G. 2018. *Apuntes sobre el derecho a la igualdad salarial en el Perú*. Chiclayo: Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Serrano García, M. 2008. El derecho a la igualdad retributiva por razón de género. En B. Quintanilla Navarro, & F. Valdés Dal-Ré, *Igualdad de género y relaciones laborales* (págs. 121-175). Madrid: Artesa, S.L.

Stinus Bru de Sala, E. 2014. *Conciliar trabajo y familia: ¿ilusión o realidad?* Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

Torres Tarazona, L. A. 2018. *Aproximaciones a la Seguridad Social - Aspectos teóricos y jurisprudenciales-*. Bogotá: Editorial ABC SAS.

Vargas, Y., & Bracchi, C. 2016. La mujer latinoamericana dentro del contexto de los Derechos Humanos: énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo. *IUSTA*, 75-97.

Vidal Bermúdez, Á., Cuadros Luque, F., & Sánchez Reyes, C. 2012. *Flexibilización laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

VILLALBA, A. 2018. ¿QUÉ IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA? En S. P. SOCIAL, *VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*. Chiclayo: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Wikander, U. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. (J. A. Padilla Villate, Trad.) Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A.

Yamada, G., Lavado, P., & Velarde, L. 2013. *Habilidades No Cognitivas y Brecha de Género Salarial en el Perú*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.



# Reflexiones en torno al derecho del trabajo ante el advenimiento de la inteligencia artificial: desafíos y dilemas normativos en la aplicación del principio de la dignidad humana desde una perspectiva bioética<sup>1</sup>

*Carlos Fernando Morantes Franco*<sup>2</sup>

*Javier Alberto Porras Herrera*<sup>3</sup>

- 
- <sup>1</sup> Artículo resultado de investigación del Proyecto titulado: “Desafíos normativos en aplicación del principio bioético del respeto a la dignidad humana de las personas en torno del derecho del trabajo con el desarrollo progresivo de la Inteligencia Artificial” adscrito a la línea de investigación Derecho, Estado, Cultura y Sociedad del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas IUS PRAXIS.
  - <sup>2</sup> Abogado de la Universidad Libre seccional Socorro; Doctorando en Derecho en la Universidad Libre Bogotá, Magister en derecho laboral y seguridad social de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional y del Trabajo de la Universidad seccional Socorro. Coordinador de Investigación de la Universidad Libre seccional socorro, docente de la misma Universidad y Miembro de Centro Internacional de Estudios Jurídicos Interdisciplinarios – CIEJIL-
  - <sup>3</sup> Abogado universidad libre, especialista en derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre. Especialista en Seguridad Social Universidad Santo Tomas. Asesor y consultor de empresas públicas y privadas. Docente Universitario. Asesor jurídico del Ese Hospital San Juan de Dios. Director Regional Corporación Autónoma Regional Santander Cas. Jefe de Personal del Seguro Social para los Santanderes hoy Jefe de punto de atención Colpensiones Bucaramanga.



## Resumen

El objetivo principal de este artículo de reflexión es determinar los desafíos normativos en aplicación del principio bioético del respeto a la dignidad humana de las personas en torno del derecho del trabajo, ante el desarrollo creciente de la Inteligencia Artificial en el ambiente laboral del futuro, denominado por los especialistas, industria 4.0. Este informe de avance se realizó con aplicación del enfoque de una investigación jurídica doctrinal, mediante el método analítico, con el fin de realizar la aproximación al panorama actual en Colombia frente a la tendencia del mundo globalizado donde la tecnología se desarrolla y converge frente a las dinámicas del mercado del trabajo. Lo anterior, plantearía ingentes retos a la concreción del trabajo decente como prerrogativa de los derechos humanos laborales y la normatividad que lo regule de forma sustancial y adjetivamente, como una de las premisas en la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

**Palabras clave:** Bioética, Derecho Laboral, Dignidad humana, Inteligencia artificial, Transformación digital.

## Introducción

La presente ponencia tiene por objeto presentar un primer avance de investigación, en torno de la articulación de las normas del derecho del trabajo en Colombia, ante el advenimiento de la inteligencia artificial, junto a los problemas bioéticos que estaría generando el nuevo paradigma de lo digital, contemplado como cuarta revolución industrial o revolución 4.0. No obstante, en el marco de las relaciones laborales, se utiliza el concepto de industria 4.0 como nuevo paradigma de la transformación digital.

Este trabajo, se articula como un producto del proyecto de investigación aplicada, titulado: “Desafíos normativos del derecho del trabajo ante la inteligencia artificial y la bioética en Colombia”. Dinámica formativa que se desarrolla con el semillero de investigación “Caleidoscopio Jurídico” de la Universidad Libre

Seccional Socorro, el cual se ha constituido como un espacio pedagógico para fomentar la reflexión del derecho del trabajo y el escenario cada vez más cercano de la industria 4.0 en Colombia. Al respecto, es necesario generar debates y espacios de discusión sobre cuál será el futuro del trabajo, cuáles serán las perspectivas de garantías de trabajo decente para la persona y la dignidad humana, cuál será la función de la persona trabajo humano. Todas estas preguntas, conllevan a dilemas éticos. Es imperioso pensar en la articulación entre la norma a la realidad social, se precisa la concreción del derecho con la inserción notoria de las tecnologías de la inteligencia artificial – IA o artificial intelligent – AI, y los dilemas bioéticos y las contingencias en la realidad social.

Al respecto la problemática a dilucidar, se circunscribe en la medida en que no es posible eludir el panorama actual de un mundo globalizado donde la tecnología se desarrolla ingentemente con suprema velocidad, a manera como lo expresara el sociólogo polaco Zigmunt (2004) en una “sociedad líquida”, la cual, converge frente a las dinámicas del mercado del trabajo, con imperativos orientados por notables retos a la concreción del trabajo decente, como premisa y elemento central propuesto en la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En otras palabras, responder a la pregunta:

*¿Cuáles son los desafíos normativos que tiene el derecho del trabajo ante el advenimiento de la Inteligencia Artificial en aplicación del principio bioético del respeto a la dignidad humana de las personas?*

Con base en lo anterior, el presente documento tiene como objetivo general determinar los desafíos normativos en aplicación del principio bioético del respeto a la dignidad humana de las personas en torno del derecho del trabajo, ante el desarrollo creciente de la Inteligencia Artificial en el ambiente laboral. Para tal fin, esta ponencia se divide en cuatro capítulos, a saber: en el primer capítulo se analizará el alcance en la declaración universal sobre bioética en cuanto la aplicación del principio del respeto a la dignidad humana de las personas; en el segundo capítulo, se precisará el derrotero fijado en el marco de la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial en Colombia; en el tercer capítulo, se orientará la comprensión del concepto de trabajo decente desde las prerrogativas planteadas por la Organización Internacional del Trabajo y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, igualmente a manera de concreción se analizará el impacto de la inteligencia artificial en las transformaciones del mundo laboral y los objetivos de desarrollo sostenible.

## **Alcance en la Declaración Universal sobre Bioética en cuanto la aplicación del principio del respeto a la dignidad humana de las personas**

Este primer apartado aborda lo relativo a los parámetros dados por la Declaración Universal sobre Bioética en cuanto a la aplicación del principio de la dignidad humana. Se busca hacer aclaraciones a nivel terminológico y jurídico, en cuando a los diferentes postulados que a nivel internacional se han manejado para hacer un margen de sujeción entre la dignidad como mandato de optimización y sus diferentes vicisitudes.

### **Hacia la construcción de una declaración universal sobre bioética.**

En principio, previo a dilucidar el alcance de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), en cuanto la aplicación del principio del respeto a la dignidad humana de las personas. Al respecto, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación -en adelante por la sigla UNESCO-. Con ella, se hizo preclara la necesidad de la comunidad internacional de atender con sumo criterio para todos los Estados miembros de la UNESCO, del compromiso por el respeto y aplicación de los principios fundamentales de la bioética.

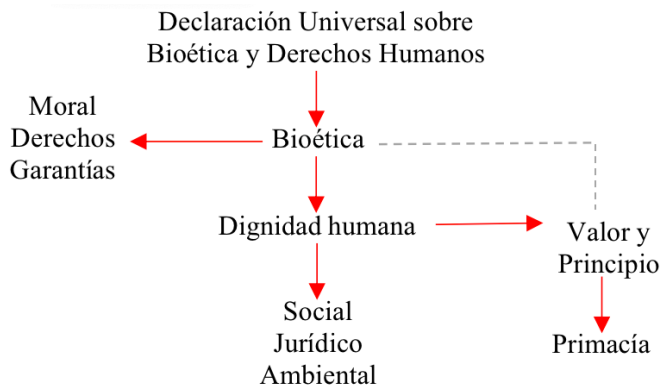
Este compromiso se fundamentó en el abordaje de aquellos problemas éticos que se plantean principalmente desde la medicina, las ciencias de la vida y, en concreto, para el interés de esta ponencia, sobre las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano. La declaración incorpora como fundamento, la Bioética y los Derechos Humanos, a su vez un marco de principios que le son inherentes, en procura del respeto a la dignidad de la persona y las libertades fundamentales.

Se considera que esta declaración inscribe la bioética en los derechos humanos internacionales. Razón, que se determina por la búsqueda de garantizar el respeto por la vida de las personas. Por consiguiente, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, se reconoce la interrelación entre la ética y los derechos humanos en el escenario de la bioética.

Al respecto, es preciso indicar como prelude la denominada Algor-ética o la ética en la inteligencia artificial. Villalba (2020) quien ha venido estu-

diando asiduamente la temática, precisa que además de la UNESCO, ha sido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -en adelante por la sigla OCDE, y la Unión Europea -en adelante por la sigla UE-, son las organizaciones que en el escenario comunitario internacional han consolidado importantes documentos en cuanto al “deber ser” de la IA. Este interés sustancial, se define a la concreción de un catálogo de reglas de la IA, que orientan la necesidad insoslayable de establecer las bases éticas para su desarrollo (Villalba, 2020).

**Gráfica 1.** Relación entre la Declaración Universal sobre la Bioética y la dignidad humana.



**Fuente:** realización propia

En el caso de la OCDE, este organismo intergubernamental y multidisciplinario, cuya sede está situada en París, Francia, el cual, tiene la tarea de promover políticas que fomenten entre otros aspectos, el bienestar social y económico, el aumento de los empleos y de la calidad de vida de los pueblos a nivel mundial. En tal sentido, esta organización dictaminó el 21 de mayo de 2019, los denominados “Principios sobre la Inteligencia Artificial”, mientras que la UE se refirió a los siete principios éticos que deben regir la IA, en el “Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”, aprobado el 20 de octubre de 2020.

En relación a los principios sobre la IA, la OCDE desarrolla los principios para la administración responsable de una IA confiable, en donde se destaca la idea de promover e implementar entre otros, valores y equidad centrados en el ser humano. La OCDE recomienda a todos los distintos actores relacionados con la IA, el deber de respetar durante todo el ciclo de vida del sistema de IA prepon-



derantemente el estado de derecho; así mismo, hace una indicación expresa del respeto de los derechos humanos y de los valores democráticos. Sobre estos últimos, la OCDE incluye la libertad, la dignidad y la autonomía, la privacidad y la protección de datos, la no discriminación e igualdad, la diversidad, la equidad, la justicia social y los derechos laborales reconocidos internacionalmente (OCDE, 2019). En el caso de la OCDE, esta organización sostiene que deben ser los gobiernos los que garanticen que el diseño de los sistemas de IA respete los valores y leyes imperantes.

En este contexto, Villalba (2020) arguye que el desafío consiste en que las personas puedan confiar que su seguridad y privacidad se respetarán, minimizar la sensación de vulnerabilidad, considerando estas exigencias como algo prioritario en toda manipulación de sistemas de inteligencia artificial. Este argumento viene soportado como lo expone que desde el año 1985, Judith Jarvis Johnson, puso de manifiesto en la revista *The Yale Law Journal*. Al citar a este reconocido jurista, quien expuso la complejidad que supondría para una inteligencia artificial encontrar la solución de un dilema humano complejo. Un ser humano tendría que despejar las incógnitas de la ecuación atendiendo criterios éticos. Por lo cual, precisa la inteligencia artificial pueda estar dotada de una ética o código de valores que la condicione (Villalba, 2020).

Por su parte, el profesor Villalba (2020) citando a Bostrom (2003), que una inteligencia artificial avanzada podría tener la capacidad de provocar la extinción humana. Por ello, refiere que la humanidad debe ser capaz de controlar la inteligencia artificial. (Bostrom, 2005). Así las cosas, dice el autor en comento que es importante la paradoja de Bostrom (2003) que habla del “efecto perverso”. Y la explica, acudiendo a una comparativa y ejemplificando los casos con el mito del rey Midas al desear convertir todo lo que toque en oro. Toca un árbol y se convierte en oro, incluso su propia comida. Por ello, los autores en cita, consideran que es importante que la IA pueda extrapolar las intenciones que tenemos, sin caer en el efecto perverso, más allá del efecto anti-ético.

Volviendo nuevamente sobre la declaración universal sobre bioética y derechos humanos, es la globalización, no sólo se extienden por todo el mundo los avances científicos y tecnológicos sino también las cuestiones bioéticas. En tanto de su alcance la Declaración Universal, se fundamenta en un derecho inalienable, y ancla los principios que respalda en las reglas que rigen el respeto por la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

## Concepciones entorno a la Bioética.

Teniendo las anteriores bases, la bioética forma parte esencial de lo hoy conocido como ética normativa. Sus bases según explica Siverino (2009) radica esencialmente en la toma de decisiones de tipo moral, y las diferentes conductas políticas y sociales que pueden atenderse para darle mayor viabilidad a una situación jurídica. Según explica Callahan (1995) la bioética surge a partir de una triple perspectiva:

- i) Darles empoderamiento a los aspectos morales sobre el desarrollo tecnológico y científico para darle supervivencia a las personas y un mayor grado de bienestar;
- ii) Defender los derechos humanos como el máximo estandarte luego de la segunda guerra mundial, para darle soporte a los derechos civiles y a las relaciones entorno a la salud y vida de las personas;
- iii) Resolver todo tipo de conflictos frente a los problemas de la justicia que tienen inmersos los sistemas de salud.

De aquí la importancia de crear una declaración universal frente a dicha temática, en tanto que ofrece bases teóricas relativas a los cuestionamientos que lleva consigo tener presente los derechos humanos en toda actividad humana y como frente a problemáticas jurídicas la moral debe ser un mandato de optimización que prime la dignidad humana. En este caso al hablarse de derechos labores de los trabajadores el enfoque se encamina a como la IA puede servirle y en el proceso de hacerlo no terminar generando detrimentos en el derecho digno.

Si bien la supremacía de la moral en algunos casos, resulta debatible -más si se analiza desde la perspectiva de la teoría jurídica- la virtud de esto radica en ser un principio fundamentalista, es decir que siempre se tendrá en cuenta para cualquier circunstancia en la que el ser humano se encuentra inmerso. En otros términos, la declaración busca que el enfoque se torne en una forma de darle primacía a la norma y a su vez a la moral de formas equiparables y con ello evitar la subordinación de circunstancias que atenten contra la dignidad humana (Silverino, 2009).

### *1.1.1 Premisas de la Declaración Universal de Bioética*

Las premisas que la declaración trae consigo resultan, no solo necesarias para la connotación de una evolución en el derecho y la dignidad humana, sino también frente a las diferentes circunstancias que se pueden presentar entorno

a la IA. Las premisas básicas sobre las que la declaración universal se estructuran son dos (2):

- i. Reconocer los valores intrínsecos que ocupan la moral y la ética, al igual que los principios dentro de cualquier acto de razonamiento científico, jurídico, estético, normativo, tecnológico o informático.
- ii. Se reconoce el respecto que debe existir de forma universal sobre los derechos humanos, su valor social e histórico, por lo que existe un mínimo de aspectos que son indiscutibles e inviolables por cualquier circunstancia o actuación del ser humano.

Tealdi (2008) sostiene al respecto que la construcción a nivel teórico y conceptual de la bioética, es un proceso en formación, que entre otras cosas puede resumirse como el respecto universal que debe existir en la dignidad humana. Por lo que, la reflexión que el ser humano hace sobre si mismo, sobre su moral y ética implican directamente, comprender que existen aspectos que no son negociables como lo son las libertades, garantías y derechos fundamentales.

Por esto es que la declaración en su cuerpo normativa trae consigo tres grandes dimensiones: jurídica, social y ambiental, la primera encaminada a un desarrollo normativo que los estados deben hacer para salvaguardar por vía positivista todos aquellos postulados que sirvan para promover los derechos humanos. Frente al aspecto social, se quiere que el interés y bienestar de los interesados que en este caso son los seres humanos, tengan prelación en lo que respecta a su bienestar como aspecto base e indica que, frente a las normas y la ciencia, estas deben ir encaminados hacia este enfoque. Finalmente, frente al medio ambiente, reconoce su relatividad y los factores que lo comprometen indicando que sin una naturaleza protegida no puede subsistir en su entorno (Silverino, 2009).

## **Comprensión del concepto de trabajo decente desde las prerrogativas planteadas por la OIT y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.**

En el presente trabajo se hace un abordaje a los aspectos relativos al concepto de trabajo decente desde la óptica de los derechos laborales, para ello se hace un análisis a los referentes legales y constitucionales. Por ello se acudirá a los aspectos relativos a la jurisprudencia nacional e internacional, acudiendo con ello a las prerrogativas que se plantean en la OIT y en la agenda 2030.

## Hacia el concepto de trabajo decente.

En tal sentido, el concepto de trabajo, es aquella prerrogativa sustancial ius fundamental, que es inalienable a la persona humana y que se instituye como derecho y a la vez como una obligación social. Su consagración como derecho fundamental en el escenario constitucional, le reviste de garantías especiales para su protección por parte del Estado, en todas sus modalidades. Esta prerrogativa constitucional se concreta en la máxima que se expresa en el artículo 25 superior, en el sentido que es la persona humana la titular de este derecho subjetivo que tiene un importante grado de significación para el desarrollo económico y social. Por ello, vale resaltar que “(...) Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Const. 1991, art. 25).

Igualmente, es preponderante resaltar el alcance de la definición de trabajo en el Código Sustantivo del Trabajo, la cual se consagra en el artículo 5° como uno de los principios generales:

“El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, art. 5).

Como lo expresa Isaza (2020), de la definición establecida en la legislación colombiana se infieren los elementos del trabajo. Estos elementos del trabajo, son:

- i) Actividad humana;
- ii) Actividad libre;
- iii) Realizado por una persona natural;
- iv) Al servicio de otra;
- v) Cualquiera que sea su finalidad; y
- vi) Efectuada en ejecución de un contrato.

Con base en lo anterior, la norma define el trabajo en una actividad consustancial a la esencia humana, es decir, forma parte insoslayable de la existencia de la persona. Esta premisa igualmente se itera en el mismo artículo, expresada en que es solo posible su ejecución para una persona natural, quien, de manera libre, es consciente de prestar su servicio físico o intelectual, en

favor de otra, en virtud de la ejecución de un contrato de trabajo. Por consiguiente, en el alcance de esta definición, bien lo decía Isaza (2020) que en el trabajo se descarta el esfuerzo realizado por los animales y el movimiento de las máquinas.

Ahora bien, sobre el concepto trabajo decente se ha entendido en términos de la OIT (1999), la cual define como trabajo decente, a aquella concreción o síntesis de lo que aspiran las personas en el transcurso de vida laboral. En otras palabras, el trabajo decente:

“(…) Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres” (OIT, 1999).

Desde la constitución de la OIT, a partir del artículo 387 del Tratado de Versalles, la labor institucional en el marco internacional ha estado dirigida a la concreción de la dignidad en el trabajo, como plataforma de defensa de la clase trabajadora. Por ello, la OIT fiel a su compromiso institucional derivado de los fines teleológicos aprobados en la Conferencia de Versalles del 11 de abril de 1919, los cuales han sido prerrogativas sustanciales que expresan el reconocimiento de todo un conjunto de derechos fundamentales de los trabajadores y el desarrollo instrumentos y recomendaciones que regulan e informan su protección. Este marco normativo que tienen como fuente la Parte XIII del tratado de paz o Tratado de Versalles, y que fue posible una vez concluida la primera guerra mundial.

En este escenario la OIT, en procura lograr la protección del empleo productivo y del trabajo decente, ha implementado un programa justificado en la necesidad de permitir “alcanzar una globalización justa y reducir la pobreza.” Este programa tiene como fundamento propiciar políticas públicas para la creación de empleo, la garantía de los derechos en el trabajo, la protección de la seguridad social, así como de motivar el diálogo social, con la igualdad de género como un objetivo transversal (OIT, s.f.).

El secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, en el Día mundial de la justicia social, 2014, dijo:

“La experiencia nos enseña que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente. Debemos hacer más para empoderar a las personas gracias al trabajo decente, apoyarlas a través de la protección social, y garantizar que las voces de los pobres y los marginados sean escuchadas” (2014).

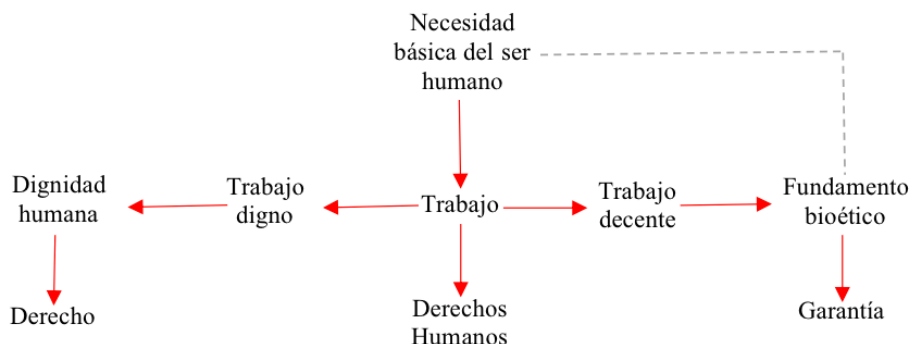
Es preponderante, afirmar que en el contexto internacional el trabajo decente se ha convertido en un objetivo universal. Además, que su contenido angular ha sido integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos, las Resoluciones de la ONU y los documentos finales de las principales conferencias, incluyendo el Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Cumbre Mundial sobre desarrollo social (1995), el Documento de la Cumbre mundial (2005), el segmento de alto nivel de El Consejo Económico y Social en adelante por la sigla ECOSOC, la Conferencia sobre el desarrollo sostenible (2011) y por supuesto, en la Agenda 2030 para desarrollo sostenible de las Naciones Unidas (2015).

Así las cosas, la importancia del trabajo decente para realizar el desarrollo sostenible está puesto de manifiesto en el Objetivo 8 cuya finalidad es “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

Por su parte, de acuerdo con la literatura de las Normas Internacionales del Trabajo, el reconocimiento del salario y prestaciones sociales, como aspectos para dignificar la prestación de servicio, son considerados como derechos humanos laborales, en el espacio de intersección entre el Derecho internacional del trabajo y el Derecho internacional de los derechos humanos. Consideración que se emplea indistintamente del idioma como equivalente (derechos humanos laborales en castellano; *human labor rights* en inglés; *droits humains de travail* en francés). Esta acepción jurídica desde un plano formal define que los derechos humanos laborales como todos aquellos derechos en materia laboral que están recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y los cuales reconocen universalmente como titular a la persona.

A partir de esta definición su fundamentación, proporciona argumentos sólidos que justifican la existencia o reconocimiento de este grupo de derechos; en particular, afianzan su reconocimiento en los instrumentos internacionales a través de dos grandes argumentos. El primero argumento, en consideración a la existencia de necesidades básicas que padecen todos los seres humanos, las cuales forman parte del mundo del trabajo y que no son creadas por ellos mismos.

**Gráfico 2.** Del trabajo al trabajo digno y decente



Fuente: realización propia

Esas necesidades reclaman su satisfacción para evitar un daño o un perjuicio grave a las personas que puedan sufrirlo. Este argumento presupone la exigencia ética de la satisfacción vinculada estrechamente con las condiciones indispensables que permiten al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia. Y por su parte, el segundo argumento por el valor intrínseco que poseen los seres humanos, en tanto de dignidad humana que ennoblece a la condición de personas o bien de los sujetos de derechos. Este argumento explica que dicho valor fundamental sea incorporado al orden institucional para asegurar la centralidad del individuo por medio de los derechos básicos con independencia del escenario social, lo que sin duda incluye al mundo del trabajo (Canessa, 2009).

## Hacia un nuevo paradigma en materia de derechos laborales y sociales

Los lineamientos de la OIT en su proceso por formar una nueva cultura civilizadora entorno al ser humano como principal fuente de toda actuación, busca reconocer las diferentes realidades sociales, por ello y como se ha venido indicando ha creado el llamado programa de trabajo decente, el cual constituye la forma en que se le deben brindar condiciones y oportunidades a todos los seres humanos para que sus circunstancias laborales tengan un mínimo de derechos, y garantías como lo son las de seguridad, libertad, igualdad, equidad y sobre todo dignidad humana (Gálvez, Gutiérrez & Picazzo, 2011).

En tal sentido, la OIT ha encaminado a dignificar los aspectos que se encuentran inmersos en la vida laboral de las personas, al definir que toda condición productiva deberá tener siempre como principal elemento la adecuada remun-

neración y la protección social que el Estado puede otorgar. Esto se ve reflejado con mayor vehemencia, cuando la OIT explica que para que el trabajo digno se materialice este debe tener dos grandes elementos, i) los objetivos específicos y ii) los componentes.

Frente al primero se habla de la existencia de una promoción a los derechos laborales constantes y permanentes, la promoción al empleo, el fomento por el llamado dialogo social y finalmente la protección contra toda clase de situaciones de vulnerabilidad. Siendo estos parámetros que el uso de las IAs debe tener inmersos dentro de su utilización en el capo laboral. En torno a los componentes, estos son una forma de impulsar en mayor medida el concepto de trabajo decente, y son: i) la protección social, ii) la presencia del dialogo, iii) la protección de los derechos fundamentales, iv) los ingresos, y v) el trabajo productivo (Gálvez, Gutiérrez & Picazzo, 2011).

Todos aspectos que, vistos desde la óptica de la construcción conceptual del trabajo decente, implica romper el paradigma que para los años noventa era ver en el trabajo un medio de subsistencia o también denominado como utilitarista -es decir que preste utilidad al capital-, para ahora verlo como una forma de dignificar a las personas, de dotarlas de capacidad para ampliarse y desarrollarse en su integridad. Ahora con la llega de las tecnologías de forma masificada, el uso de los medios han de ponerse al orden del trabajador para justamente aplicar los postulados del trabajo decente.

Lozano, Caballero & Jaimes (2023) ven este cambio de paradigma una forma de avanzar en los derechos sociales, en tanto que cada cambio que se realice en pro del bienestar de las personas, constituye una manera de ampliar el espectro de los derechos fundamentales y el papel garantista que debe tener el Estado.

**Gráfico 3.** Componentes y objetivos del trabajo decente





Dicho de otra forma y aplicado al caso colombiano, la Constitución de 1991, pareciera tener los elementos suficientes para avanzar sobre este aspecto al incluir dentro de su contenido normativo el reconocimiento a i) el trabajo, ii) la dignidad humana, iii) el uso de medios tecnológicos, y iv) un campo de derechos sociales amplios entre los que se encuentran justamente los componentes del concepto de trabajo digno.

Por ello, la temática resulta adecuada y novedosa, en tanto que busca adaptar postulados que desde los años noventa, la OIT ya había recomendado y buscarse a aplicar de forma directa a parámetros actuales como lo es el caso de la inteligencia artificial. Aspectos que Colombia tiene posibilidad de realizar desde una visión constitucional y jurídica, al tener en su constitución, las prerrogativas derivadas de la bioética y del trabajo decente y digno. En otros términos, es el ecosistema perfecto para entrar a darle mayores garantías a los trabajadores, mediante el uso de nuevas tecnológicas facilitándoles el trabajo, sin que esto represente el remplazo de cargos, puestos o directamente de labores.

## **Marco de la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial en Colombia**

En el presente eje capitular se hace un análisis acerca del marco de políticas públicas nacionales frente a la transformación digital y la entrada en vigencia de la IA como principal parámetro dentro de toda dinámica que el Estado busque realizar a nivel de tecnología. Por ello se estudiar los aspectos dados a nivel interno y las diferentes recomendaciones que las entidades internacionales han dado para ser aplicables dentro del marco nacional.

## **Acuerdo sobre la inteligencia artificial: Aplicación inmediata y suscrita por Colombia**

Debemos tener presente en este punto que Colombia adhiere al acuerdo sobre inteligencia artificial ante los países de la OCDE (2). 22 de mayo de 2019. Mediante esta política el gobierno nacional, suscribió la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Inteligencia Artificial, durante la reunión anual del Consejo Ministerial de dicha organización, cuyo tema es “Aprovechando la transición digital para el desarrollo sostenible”.

A través de este documento el gobierno expreso que:

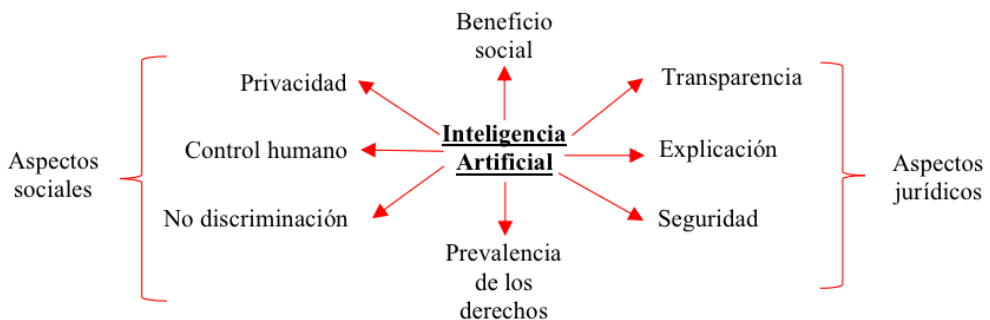
La Inteligencia Artificial (IA) es una realidad cada vez más tangible en el devenir de actual. Se destaca en tal sentido, que el Gobierno de Colombia dio, en noviembre de 2019, dio el primer gran paso para convertir al país en líder de la región en materias de gobernanza e implementación de la IA y otras tecnologías disruptivas mediante la aprobación de la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial.

Vale recalcar para los fines de esta ponencia que en esta política pública se estructura, principalmente en fijar las bases sobre del marco ético construido alrededor de las diferentes preocupaciones que pueda traer la implementación de una tecnología avanzada como lo es la inteligencia artificial.

Que precisa responder a preguntas, como: ¿Qué rol tenemos los seres humanos en la cuarta revolución industrial? ¿Cómo se protegerá a los trabajadores cuando cada vez más labores del día a día se pueden automatizar? Preguntas como estas, son de gran complejidad, y por ello, se requiere que puedan ser respondidas por medio de un marco ético con principios que sirvan como criterio para luego evaluar las diferentes iniciativas que en esa materia sean presentadas.

Este marco ético sirve como una herramienta transversal, aplicable a distintos sectores y considerando la diversidad de intereses y opiniones alrededor del desarrollo de la IA. En este marco, se plantean diez (10) principios cuyo propósito es servir como guía para el diseño, desarrollo, implementación y evaluación de los sistemas de IA: transparencia, explicación, privacidad, control humano de las decisiones propias de un sistema de IA, seguridad, responsabilidad, no discriminación, inclusión, prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y beneficio social.

**Gráfico 4.** Principialística entorno al diseño de la IA



Fuente: realización propia

De otra parte, el Documento 3975 CONPES Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia del Departamento Nacional De Planeación Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial - 8 de noviembre de 2019, precisó como objetivo general, el de “aumentar la generación de valor social y económico a través de la transformación digital del sector público y del sector privado, mediante la disminución de barreras, el fortalecimiento del capital humano y el desarrollo de condiciones habilitantes, para que Colombia pueda aprovechar las oportunidades y enfrentar los retos relacionados con la cuarta revolución industrial o 4RI. Y como objetivos específicos:

- i) Disminuir las barreras que impiden la incorporación de tecnologías digitales en el sector privado y en el sector público para facilitar la transformación digital del país;
- ii) Crear condiciones habilitantes para la innovación digital en los sectores público y privado con el propósito que sea un mecanismo para el desarrollo de la transformación digital;
- iii) Fortalecer las competencias del capital humano para afrontar la 4RI con el fin de asegurar el recurso humano requerido; y
- iv) Desarrollar condiciones habilitantes para preparar a Colombia para los cambios económicos y sociales que conlleva la IA.

Este marco también diferenciará y hará énfasis en la ética de datos, ética de algoritmos y en la ética que guíe las conductas y prácticas de los individuos que desarrollen e implementen tecnología. Los principios propuestos desarrollarán, como mínimo, conceptos como la justicia, transparencia, libertad, responsabilidad, inclusión y el rol de los derechos humanos en la creación e implementación de esta tecnología.

## **Fortalecimiento del capital humano: hacia la entrada en vigencia de la IA en Colombia**

Uno de los principales aspectos que se deben tener en cuenta para hacer frente a la inminente adversidad de la IA en el contexto colombiano recae justamente en los parámetros que establece el CONPES 3975, frente al fortalecimiento del capital humano. Según el documento, se requiere en primer lugar generar condiciones habilitantes para que todas las personas sin importar sus condiciones desarrollen competencias digitales para poder afrontar retos en la transformación de la tecnología.

Esto lleva a que las condiciones de conocimiento frente al uso de las IA, estén estrechamente ligadas con el desarrollo de capacidades y el fortalecimiento de estas, las cuales solo se pueden lograr mediante la interacción entre el sector de la educación con todos los demás escenarios del Estado. Por ello en el CONPES, se establece que el énfasis que en la actualidad se busca es multidisciplinario, es decir que no solo se tenga conocimiento sobre las nuevas tecnologías, sino también en el uso y aplicación de estas.

Teniendo esto de presente los lineamientos por los que se busca generar impacto en el sector laboral de los trabajadores con esta política de Estado: i) la creación de ecosistemas de innovación que permitan la apropiación de aspectos de desarrollo social y económico, es decir que desde la academia se les enseña a las personas con miras al campo laboral, como se puede usar de forma creativa e innovadora las inteligencias artificiales; ii) Crear alianzas internacionales como forma de fortalecer el talento nacional, esto permitirá definir planes para la manera en que se pueda instruir a los trabajadores en conocimiento para generar nuevas competencias; y iii) preparar a las personas para contribuir a la creación de IAs y priorizar el uso de estas en todos los campos laborales, es decir encaminar al uso de nuevas metodologías no solo de enseñanzas sino de trabajo.

### *1.1.2 Condiciones habilitantes para los cambios sociales y económicos*

Teniendo de presente lo anterior, el mismo CONPES, buscando que la entrada en vigencia de la IA y su uso masificado sea un proceso no tan agresivo para toda la población, busco crear una situación que se llama “condiciones habilitadoras” que tienen como finalidad preparar al Estado en todos los cambios sociales y económicos que conllevaran las inteligencias artificiales. Estas se generarán a partir de cinco aspectos a saber:

- i) Crear una serie de estándares para asegurar la inclusión de las IA a los diferentes sectores. Es decir que se busca que, de forma paulatina, se establezcan etapas o circunstancias que permitan a la población acceder a las IA y con esto disminuir el impacto.
- ii) Introducir un mínimo de conceptos como el de transparencia, libertad, responsabilidad, inclusión, justicia, y derechos humanos en el uso de las inteligencias artificiales.
- iii) Crear estándares de seguridad mínimos para evitar la existencia de amenazas dentro de los diferentes sectores que terminen afectando la infraestructura física y virtual de una institución.

- iv) Crear nuevos servicios al ciudadano que le permitan hacer uso de inteligencias artificiales y con ello mejorar la visión de la población frente a las entidades públicas.
- v) Darle continuidad a las recomendaciones que la OCDE establece para el uso de inteligencias artificiales, es decir darles aplicación permanente a los estándares internacionales en materia de política de seguridad y uso adecuado de las IA.

De forma tal que el impacto que las IA traen a Colombia actualmente se encuentra en proceso de aplicación y por así decirlo, en una etapa temprana, que, conforme a lo dicho por el CONPES, no es más que la de instruir a los trabajadores y diferentes sectores laborales de toda la población para que visualicen como el uso de las TIC, dentro de sus sectores no busca un remplazo *per se*, sino una manera de facilitar labores. Por esto, el CONPES, enfatiza de forma reiterada en que se busca crear competencias para que las personas puedan tener un conocimiento suficiente para no ser descartadas a nivel laboral.

Todo esto en términos interpretativos es acorde a los fundamentos de la bioética y del trabajo digno, frente al primero que se respeta la dignidad de toda la población al no buscar remplazos sino aumentar la capacidad de la población y frente al segundo factor considerar que las IA son una herramienta para las labores y no una manera de sustituir labores específicas y automatizables.

## **Impacto de la inteligencia artificial en las transformaciones del mundo laboral colombiano**

La humanidad ante las transformaciones generadas por la aplicación de la inteligencia artificial, se encuentra en el umbral de una nueva era que le genera incertidumbre. Este horizonte no es distinto del que dista para el futuro del trabajo y las oportunidades para la persona. En este capítulo se analizará el impacto de la inteligencia artificial en el escenario normativo de las relaciones laborales en el derecho del trabajo colombiano.

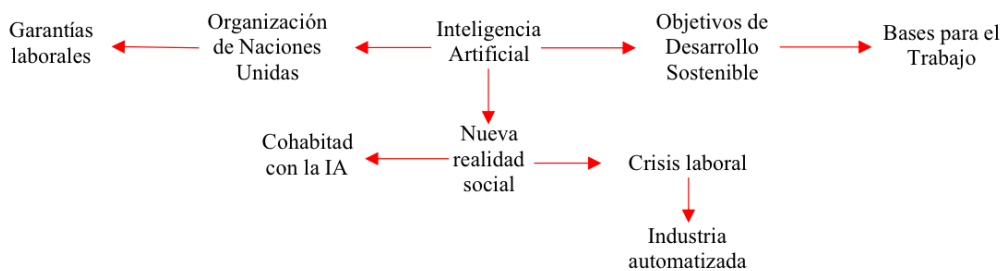
En tal sentido, hoy, es insoslayable destacar el impacto generado por la implementación cada vez más creciente del uso de la inteligencia artificial y de los algoritmos como herramienta en todos los aspectos de la vida, en un frenesí que irradia los ámbitos de lo personal, la vida en el hogar, el desarrollo de los espacios académicos, el manejo de lo económico, social y financiero tanto en el sector privado como en el público, lo jurídico de la administración de justicia,

y por supuesto, sin lugar a dudas, en el ambiente laboral, siendo ahora realidad lo que otrora fuera una utopía.

En palabras de Brynjolfsson et al (2013), es válido afirmar como hipótesis que la tecnología ha relevado el trabajo humano, situación que ha promovido la reinención y creación de nuevos trabajos. No obstante, para los autores en cita el cambio disruptivo motivado por el uso de la inteligencia artificial en el mundo del trabajo, ha sido más célere en la supresión de puestos de trabajo, en contera al supuesto que se pensara sobre la reinención de nuevos empleos y el marco normativo que garantice los derechos humanos laborales de las personas prima facie.

En tal sentido, citando al sociólogo polaco Bauman (2016), es imperativo pensar que hoy todo lo digital, ha permeado la vida del ser humano, lo cual, se concreta retóricamente, con la metáfora que sintetiza a que lo digital inunda a la sociedad, en la configuración de una “sociedad líquida”. Bajo esta concepción es notoria la influencia de la tecnología en todas las facetas de la existencia humana, incluida el trabajo. Así las cosas, con la inteligencia artificial, entendida como herramienta que sustituye con mejor eficiencia y precisión, la labor que antes realizaban las personas. En consecuencia, en el devenir de las relaciones laborales y el desarrollo del mercado laboral, precisa la adaptación de las normas en su conjunto a las necesidades del momento. Esta idea para argumentar la necesidad esencial de todo ordenamiento jurídico de articularse con la realidad social cambiante.

**Gráfico 5.** Matices del derecho al trabajo y la IA



Fuente: realización propia

De aquí se infiere que la normatividad del derecho del trabajo debe matizarse con preponderancia de los derechos fundamentales en donde prevalezca el reconocimiento del trabajo humano como elemento esencial del trabajo, Por

consiguiente, ante la necesidad se precisa el deber de cuestionarse sobre los desafíos éticos sobre los límites relativos al respeto a la dignidad humana de las personas y de los principios de base que sustentaran un futuro estatuto del trabajo. De hecho, las grandes transformaciones ya están afectando al mercado de trabajo, siendo trascendental la aprobación por parte de ONU de los ODS de la Agenda 2030.

Por consiguiente, es razón intangible pensar en un escenario que rivalice el trabajo, porque es dable inferir de una crisis laboral a una escala sin precedentes, cada vez se necesitarían menos trabajadores, con lo cual, tendrían un impacto de largo alcance sobre la economía y la sociedad, en cada uno de los Estados a nivel mundial. Así las cosas, la inclusión de nuevas formas de organización y ordenación del trabajo, vienen a plantear ingentes desafíos, per se a la necesidad de construir nuevas oportunidades para los trabajadores con apremio de un trabajo decente. Por último, son también desafíos en el ámbito de las relaciones laborales y la definición de nuevos Estatutos del Trabajo que incorporen dichos principios.

## Conclusiones

Con el advenimiento de la inteligencia artificial, se abrió paso a la configuración de un nuevo paradigma digital, el cual ha significado un cambio disruptivo frente al devenir de la vida social. Por lo cual, ante la situación posible de que muchos trabajos desaparecerán en perspectiva, expuestos a los riesgos de la digitalización y la automatización y de que las máquinas puedan reemplazar a los seres humanos, cuando los algoritmos sean los que decidan el futuro de la industria.

Por ello, se requiere con suma preminencia preparar la normatividad en procura de que garantice el principio de dignidad humana y con ello se definan límites precisos, que deban aplicarse jurídicamente al derecho del trabajo realizado por inteligencia artificial y el trabajo realizado por una persona. Lo anterior, con pautas éticas para el desarrollo de la IA y así evitar precarizar los derechos de los trabajadores.

Se debe precisar entonces que la bioética expuesta dentro de la declaración, es en si misma un principio que termina optimizando los postulados de la dignidad humana, puesto que se busca i) que las decisiones que un Estado tome estén acorde a los derechos fundamentales de las personas y ii) de cara a la utilización de la IA, que las decisiones que se analicen beneficien al ser humano.

Si bien, dicha postura resulta ser antropocéntrica, la realidad es que es acorde a todos los espectros de la sociedad, en tanto que, se busca darle prioridad a todo el entorno social y con esto crear un margen mínimo de garantías para el ser humano, como lo es, el caso del respecto hacia las libertades civiles, los derechos humanos y la dignidad humana. Dicho de otra manera, la declaración entra como una forma de proteger aspectos esenciales para los seres humanos desde una perspectiva moral, principalística y de valores intrínsecos de las personas.

Añadido a esto, Colombia requiere entonces la creación de i) un cuerpo normativo acorde a dichos postulados -aun cuando la constitución política de Colombia los incluye desde su preámbulo- y ii) resulta necesario que todo el enfoque administrativo del Estado colombiano respecto de la IA, este acorde a las diferentes crisis sociales, económicas y laborales, así como de los postulados internacionales frente a la bioética como un enfoque y limite al uso e implementación que se le pueda resultar dando a las IA.

Entorno a las políticas del CONPES, es bastante adecuado considerar que la perspectiva de Colombia es la de crear competencias acordes a las nuevas realidades tanto sociales como económicas que son en últimas, el uso de las inteligencias artificiales dentro de cualquier actividad humana, aspecto realmente relevante y más si se tiene en cuenta que es un documento que fue emitido antes de la declaratoria de la pandemia que fue el momento histórico que busco masificar el uso de las TIC.

## Referencias bibliográficas

Brynjolfsson, Erik & McAfee, A. (2013) *La carrera contra la máquina: Cómo la revolución digital está acelerando la innovación, aumentando la productividad y transformando irreversiblemente el empleo y la economía*. [Traducción, Viñuela Diaz, J.]. Edit. Antoni Bosch.

Canessa Montejo, M. C. (2009) Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 23(1), 349-373.

Callahan, D. (1995) "Bioethics" En: Arren. E. (ed.). *Enciclopedia de bioética*. 1. (2) 247-258.

Constitución Política de Colombia. [Const.]. (1991) 2da Ed. Legis. [G.C. No. 116].

Consejo Nacional De Política Económica y Social República de Colombia (2019) *Documento 3975 Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial*. Departamento Nacional de Planeación.



Gálvez Santillán, E., Gutiérrez Garza, E., & Picazzo Palencia, E., (2011) El trabajo decente: nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales. *Revista Mexicana de Sociología*. 7 (1). 73-104.

Montoya Agudelo, C. A., Méndez Cruz, J. R., & Boyero Saavedra, M. R. (2017) Trabajo digno y decente: una mirada desde la OIT para la generación de indicadores para las PUME mexicanas y colombianas. *Revista Visión de futuro*. 14 (2). 84-106.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2006) *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. UNESCO. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa)

OCDE (2019) Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial. *Legal Instruments*. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>

Parlamento Europeo (2020) *Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*. Acta. A9-0186/2020. Bruselas. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html)

Parra, J. S. L., Palomino, S. A. C., & Melgarejo, M. F. J. (2022). El constitucionalismo de los derechos sociales a partir de la Constitución Política de 1991 en el Estado colombiano. *Academia & Derecho*, 14(25).

Presidencia de la República de Colombia (7 de junio de 1951) *Código Sustantivo del Trabajo*. [Decreto 3743 de 1950]. D.O. 27.622.

Siverino Bavio, P. (2009) Una bioética en clave latinoamericana: Aportes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO. *Derecho PUCP*. 63(1) 403-414.

Tealdi, J. C. (2008) *Bioética de los derechos humanos*. Investigaciones médicas y dignidad humana. México: UNAM.

Villalba, J. F. (2019). La teoría trialista del derecho y el enfoque IA. *Gravitación en la deontología jurídico-notarial*. En: Hernández, C. A.; Rincón Remolina, E. P. & Morantes Franco, C. F. (Eds.), *La Cuarta Revolución y el Derecho* (65-79). Editorial Ediciones Nueva Jurídica & Universidad Libre Seccional Socorro.

Villalba, J. F. (2020). Algor-ética: la ética en la inteligencia artificial. *Derecho y Nuevas Tecnologías*. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 17(50). 679-698.

Zygmunt Bauman (2004) *Modernidad líquida*. *Fondo de Cultura Económica de Argentina*. S.A. Argentina. Disponible en: <https://catedraepistemologia.files.wordpress.com/2009/05/modernidad-liquida.pdf>

