



ECONOMÍA Y POLÍTICA

ANÁLISIS DE LA COYUNTURA LEGISLATIVA



Comentarios a: xcadena@fedesarrollo.org.co

No. 3 - Marzo 2005

Director: Mauricio Cárdenas S.

Editores: Ximena Cadena O. - Gustavo Morales C.

El proyecto económico más importante de esta legislatura

LA REFORMA PENSIONAL: UNA NECESIDAD INAPLAZABLE

El 16 de marzo comenzó el segundo período de la legislatura 2004-2005 en el Congreso colombiano. El gobierno ha descartado por ahora la presentación de la llamada "reforma tributaria estructural" y, por lo tanto, el proyecto económico más importante será aquel que reforma la Constitución en materia pensional. De la importancia de este proyecto, de sus posibilidades de éxito, de las dificultades que enfrenta su trámite y de los aspectos que aún pueden mejorarse en su texto nos ocupamos en este número de *Economía y Política*¹.

1. Consideraciones sobre el trámite

La "reforma pensional" a la que nos referimos en el presente documento es el proyecto de acto legislativo *"por el cual*

se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" que fue presentado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social en julio del año pasado².

Se denomina "proyecto de acto legislativo" –por oposición a "proyecto de ley"– a la iniciativa que pretende modificar uno o varios artículos de la Constitución. Ello pone de presente su importancia y además tiene notables consecuencias en cuanto a su trámite que es mucho más exigente y riguroso que el de una ley ordinaria.

Para empezar, un proyecto de acto legislativo no tiene cuatro debates legislativos, como sucede con los proyectos de ley, sino ocho. Esos ocho debates deben tener lugar en dos períodos legislativos³ consecutivos (más o

¹ Para un análisis técnico y detallado de la reforma, ver Agudelo V., María Inés, López M., Cecilia, Alarcón M. Luis Fernando, Echeverry G. Juan Carlos *"¿Cuál es la reforma pensional que necesita Colombia?"*, Debates de Coyuntura Económica No 57, FEDESARROLLO, Octubre de 2004.

² El proyecto es el número 034 de 2004 Cámara, que se acumuló con el proyecto de acto legislativo número 127 de 2004 Cámara. En el Senado fue identificado con el número 011 de 2004 Senado.

³ Una legislatura se extiende desde el 20 de julio de un año, hasta el 20 de junio del año siguiente y

menos un año), lo que obliga a que el Congreso le dé prioridad a su trámite por encima de cualquier otra iniciativa, pero al mismo tiempo hace más difícil su aprobación. Una ley ordinaria, en cambio, puede discutirse durante dos legislaturas -dos años-.

Como si fuera poco, en el segundo período legislativo –es decir, en los últimos cuatro debates-, las reformas a la Constitución deben aprobarse con el voto favorable de la mitad más uno de los **integrantes** de cada Comisión y de cada plenaria, y no, como sucede con las leyes ordinarias e incluso con los actos legislativos en su primera etapa, con la simple mayoría de los **asistentes**.

Por lo demás, no es posible convocar a sesiones extraordinarias para discutir actos legislativos, lo que significa que si llegado el último día de sesiones ordinarias no se ha aprobado el proyecto, éste muere indefectiblemente y si sus promotores quieren insistir en él, deben comenzar nuevamente todo el procedimiento.

2. ¿Cómo va la reforma hasta el momento?

La reforma pensional pretende adicionar varios incisos al actual artículo 48 de la Constitución. En el recuadro de la siguiente página se presenta el texto que aprobó el Congreso en la primera vuelta. Este texto constituye la materia prima a partir de la cual trabajarán las Cámaras en los cuatro debates restantes. Si bien es posible en lo que queda del trámite modificar aspectos de su redacción, no es admisible introducir temas completamente nuevos.

Como se aprecia en el texto aprobado, lo primero que hace la reforma es introducir dos principios orientadores: equidad y sostenibilidad financiera. Varios de los incisos posteriores, como el que elimina los regímenes especiales o el de la eliminación de la llamada mesada 14, responden a estos dos principios. En el mundo ideal, bastaría consagrar los dos principios en la Constitución, y luego permitir que estos fueran desarrollados por leyes ordinarias posteriores. Sin embargo, por razones que comentaremos más adelante, es no es posible en las actuales circunstancias.

está, a su vez, dividida en dos períodos legislativos. El primero de ellos va del 20 de julio al 16 de diciembre, y el segundo, del 16 de marzo al 20 de junio. Las sesiones parlamentarias que tienen lugar dentro de estas fechas son “ordinarias”; por fuera de ellas, se denominan “extraordinarias”.

Así quedaría el artículo 48 de la Constitución, si el Congreso aprueba el acto legislativo tal y como lo aprobó en los primeros cuatro debates

ART. 48 – 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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. **(Hasta aquí el texto vigente)**

La seguridad social será equitativa y financieramente sostenible.

Sin perjuicio de los descuentos o deducciones ordenados por la ley, por ningún motivo podrá congelarse ni reducirse el valor de la mesada pensional legalmente reconocida.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en la ley. A partir de la vigencia del presente acto legislativo, solamente la Fuerza Pública y el Presidente de la República tendrán un régimen especial.

En materia pensional se respetarán los derechos adquiridos. Para adquirir el derecho a una pensión de jubilación o de vejez se requiere haber cumplido con la edad, el tiempo de servicios o de cotización o acumular el capital necesario según la ley. La ley establecerá los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.

Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, dicho valor equivaldrá al mínimo vital para fines de pensión.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas sin el cumplimiento de los requisitos legales o con abuso del derecho.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en la ley.

Parágrafo 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública.

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de esa fecha tendrán los derechos pensionales de prima media establecidos en la ley en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Parágrafo transitorio 2º. Las reglas de carácter pensional vigentes a la fecha de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio del año 2010.

Parágrafo transitorio 3º. La vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en la ley expirará el 31 de julio del año 2010.

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

(En cursiva incisos aprobados en primera vuelta)

El segundo inciso establece un principio elemental de protección a los pensionados: "Sin perjuicio de los descuentos o deducciones ordenados por la ley, por ningún motivo podrá congelarse ni reducirse el valor de la mesada pensional legalmente reconocida". Esta norma, sumada a la que ya está vigente en el sentido de que las pensiones deben mantener su poder adquisitivo constante, brinda a los pensionados mecanismos de protección de su ingreso similares a los que el derecho laboral consagra para los asalariados.

El tercer inciso elimina los regímenes especiales. Únicamente la Fuerza Pública y el Presidente de la República tendrán un régimen especial. Este postulado pretende eliminar los regímenes que privilegian ostensiblemente a ciertos sectores (congresistas, jueces, etc.), con alto costo fiscal, y en detrimento de la gran mayoría de los trabajadores. La aspiración a que todos los colombianos se pensionen con las mismas condiciones es legítima y necesaria.

El cuarto inciso define, con precisión, en qué momento se entiende adquirido el derecho a la pensión: cuando se ha cumplido con la edad, el tiempo de servicios o de cotización o se ha acumulado el capital necesario, según la ley. Esta disposición es necesaria porque en la sentencia C-754 del 10 de agosto de 2004, la Corte formuló la tesis de que existe un "derecho al régimen de transición" que no se puede modificar una vez ha sido establecido. Sin embargo, es preciso señalar que la Corte no dijo que los ciudadanos que no han cumplido las semanas de cotización y la edad tuvieran un "derecho adquirido", pero al introducir el concepto de "Derecho al régimen de transición", en la

práctica congeló la posibilidad de modificar las condiciones para su pensión, es decir, les concedió un nuevo tipo de "derecho adquirido". Esto generó un fuerte rechazo del gobierno, debido a que las reformas pensionales de 2003 (Ley 797 y Ley 860) habían logrado reducir el pasivo pensional de 207% a 170,5% del PIB. La decisión de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable adelantar al 2008 la vigencia del régimen de transición que la Ley 100 había contemplado hasta el 2014, significó un retroceso cuantificado en 17 puntos del PIB.

El quinto inciso consagra la eliminación de la llamada mesada 14. Vale la pena recordar que esa mesada se introdujo en la Ley 100 de 1993 para un grupo pequeño de pensionados que habían perdido poder adquisitivo porque sus pensiones no habían sido actualizadas. Se beneficiaban de ella las personas que tenían pensión aprobada antes de 1988, para quienes el ajuste de la Ley 100 no había sido suficiente. En 1994, la Corte Constitucional, extendió la decimocuarta mesada anual para todos los pensionados. Esa decisión tuvo un costo de 12,5% del PIB en valor presente neto que representa un costo de caja de alrededor de \$1 billón anual. La reforma respeta la mesada 14 de los actuales pensionados, pero la elimina para los pensionados futuros, quienes no podrán recibir más de 13 mesadas anuales. Como lo señala Luis Fernando Alarcón⁴, la mayoría de quienes actualmente se benefician de la mesada 14 "nunca tuvieron la expectativa de recibirla; no cotizaron con ese propósito y está plenamente documentado que la intención del legislador fue muy distinta". Por eso cabe un debate sobre el carácter de derecho adquirido que tiene la figura,

⁴ *Ibidem*, pg. 24

pero la reforma parece aceptar que lo tiene, y por ello sólo la elimina para los pensionados del futuro.

El sexto inciso establece que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y que dicho valor equivaldrá al mínimo vital para fines de pensión. Esta es la famosa "garantía de pensión mínima". Se ha propuesto que la pensión mínima debería ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente: los pensionados ya no trabajan, su desgaste calórico es menor, y probablemente, ya no tienen obligaciones para con sus hijos. Esa reducción permitiría ampliar cobertura. La propuesta genera rechazo en los sectores políticos, por considerar que el monto del salario mínimo es suficientemente precario. En todo caso, establecer a nivel Constitucional el valor mínimo de la pensión es excesivamente restrictivo y claramente inconveniente, sobre todo si se tiene en cuenta que esto limita la capacidad del sistema para apoyar a los ancianos más pobres.

El séptimo inciso autoriza a la ley a establecer un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas sin el cumplimiento de los requisitos legales o con abuso del derecho. Esta disposición soluciona el siguiente problema: En virtud de las normas legales vigentes, una vez la administración ha expedido un acto administrativo (por ejemplo, el reconocimiento de una pensión), no lo puede revocar sin el consentimiento del beneficiado, aún si el acto fue expedido con fundamentos falsos o ilegalmente. La única alternativa es acudir a los jueces. Con la reforma, se abriría la puerta para que la administración revise las pensiones ilegales sin necesidad de acudir a estos dispendiosos trámites.

El octavo inciso establece que, a partir de la vigencia del Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o actos jurídicos, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en la ley. Las liquidaciones de Telecom, Inravisión y más recientemente de Bancafé son algunos ejemplos de lo inconveniente que puede resultar pactar pensiones por fuera del régimen general. Por ello, esta disposición es sana; las convenciones colectivas (figura protegida por la propia Constitución) podrán ocuparse de muchos temas, pero no de las pensiones. Esto responde, además, a los principios de equidad y sostenibilidad financiera formulados en el primer inciso.

El párrafo 1º de la reforma establece que, a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública. Esta disposición, más que un impacto fiscal significativo – genera un ahorro de 1,2% del PIB en valor presente neto-, tiene un poderoso efecto simbólico, y responde cabalmente al principio de equidad. Con cargo a un sistema solidario y universal, en el que los aportes no generaron un ahorro suficiente para cubrir las pensiones, no tiene presentación que existan pensiones 25 veces superiores a la mínima. De hecho, convendría reducir el tope a 20, y aplicar la disposición, no a partir del 2010, sino a todas las pensiones que se reconozcan a partir de la entrada en vigor de la reforma. El mensaje sería así más contundente e inequívoco.

El Parágrafo transitorio 1º de la reforma establece un régimen de transición para los docentes, conservándoles su régimen pensional especial a quienes se hayan

vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003. Este párrafo contradice la disposición de la propia reforma que quería limitar los regímenes especiales a la Fuerza Pública y al Presidente de la República. En aras de la coherencia y consistencia, debería suprimirse en los debates restantes. Sin afectar a los docentes ya pensionados, que tienen sin duda un derecho adquirido, todos los demás docentes, cualquiera que sea su fecha de vinculación, deberían someterse al régimen general.

Los Párrafos transitorios 2º y 3º establecen un mecanismo de implementación de la regla general sobre las convenciones colectivas y sobre regímenes especiales: expirarán, a más tardar, en julio de 2010. Sin embargo, sería conveniente restringir esta fecha a 2008, tal como lo había propuesto el gobierno inicialmente pues en virtud de la diferencia establecida entre derechos adquiridos y expectativas no existe justificación para extender por más tiempo una de las principales fuentes de inequidad e insostenibilidad financiera del esquema actual.

Lo mismo sucede con párrafo transitorio 4º. El proyecto original del Gobierno proponía que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no se extendiera más allá del 2008. El Congreso lo extendió hasta el 2010 con lo que se pierden cerca de 8 puntos del PIB del ahorro esperado con la reforma. Fedesarrollo considera que debería restaurarse la fecha límite del 2008. Es una fecha razonable, que protege las expectativas de los más próximos a pensionarse.

3. ¿Por qué es tan larga, engorrosa y detallada la reforma constitucional pensional?

Llama la atención que se pretenda introducir 13 incisos nuevos a la Constitución en torno a un tema único, la seguridad social. De aprobarse la reforma tal y como quedó redactada en la primera vuelta, el artículo 48 de la Constitución triplicaría su extensión. Aunque no es conveniente dejar en la Constitución normas excesivamente detalladas, que se ocupan de asuntos puntuales y minucias, la realidad es que muchas de las normas que regulan la materia se desprenden de los fallos de la Corte Constitucional, razón por la cual su modificación requiere una reforma a la carta política.

Esto es desafortunado porque la capacidad de respuesta futura ante cambios en el entorno económico se dificulta cuando la Constitución, en lugar de ocuparse de los principios generales, entra a reglamentar en detalle asuntos que deberían ser materia de leyes ordinarias. Consagrar en el nivel constitucional normas que deberían ser susceptibles de un mecanismo de modificación menos engorroso, dificulta el manejo de las políticas públicas que deben ser estables pero adaptables.

Es cierto que la Constitución define la seguridad social como "un servicio público de carácter obligatorio" y la cataloga como un "derecho irrenunciable", pero no como un "derecho fundamental". El artículo 48 sobre seguridad social no está ubicado en el capítulo sobre derechos fundamentales, ni en parte alguna de su texto se menciona esa posibilidad. Sin embargo, la Corte Constitucional ha insistido en

que la seguridad social ostenta el rango de **"derecho fundamental"** en los casos en que resulta "imprescindible" para la vigencia de otros derechos fundamentales. Se habría podido optar por considerarla un derecho económico o social de "desarrollo progresivo", (como el derecho a la vivienda, a la recreación o el acceso a la propiedad privada). Las consecuencias prácticas de esta calificación, por ejemplo el uso de la vía rápida y sumaria de la acción de tutela para hacer valer los derechos asociados a la seguridad social, tienen un enorme impacto jurídico y fiscal.

Más allá de las consecuencias prácticas, sin embargo, es el hecho abstracto y conceptual mismo de que la seguridad social se haya definido como un derecho fundamental, el que ahora obliga a incluir en la Constitución normas excesivamente largas y detalladas. En efecto, la sola definición conceptual genera un enorme problema: es prácticamente imposible que el legislador ordinario restrinja, limite, o modifique las normas vigentes, cuando el objeto de tales ejercicios es un derecho fundamental. Así sucede, por ejemplo, en el caso del derecho a la vida, la libertad o la intimidad.

Esto explica que el grueso de los contenidos de la reforma pensional deban quedar en la Constitución, porque de otra forma corren el riesgo de ser declarados inconstitucionales. ¿La eliminación de la mesada 14? Si no se hace a nivel Constitucional corre el riesgo de desaparecer por violar el principio de igualdad. ¿La eliminación de los regímenes especiales? Si no la hace la Constitución podría vulnerar derechos adquiridos. ¿La posibilidad de derogar pensiones ilegalmente reconocidas? Sólo la Constitución puede hacerlo para no violar el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y el

principio de buena fe. ¿Reducir el período de transición? Si no lo hace la Constitución, se viola el principio de confianza legítima.

En definitiva, si la seguridad social se visualizara como un servicio público, orientado por algunos principios generales (como de hecho originalmente la concibió la Constitución), el legislador podría más fácilmente introducir modificaciones y precisiones, para enfrentar las cambiantes circunstancias fiscales, demográficas y económicas. Al introducir un concepto no previsto en la Constitución –el de que la seguridad social es un derecho fundamental- la Corte generó la situación a la que estamos ahora abocados: consagrar en la Carta una cantidad de normas puntuales, con los inconvenientes que ello genera, porque está demostrado que es un riesgo muy grande consagrarlas en una ley común.

4. Conclusión

El proyecto de reforma pensional que aquí comentamos ya surtió sus primeros cuatro debates. Los siguientes cuatro debates, y la eventual conciliación entre las dos Cámaras –en el caso de que se aprueben textos diferentes-, deben adelantarse necesariamente antes del 20 de junio de 2005. Si se tiene en cuenta que la Constitución prevé plazos obligatorios entre un debate y otro, y que en el caso de reformas constitucionales no es posible realizar sesiones conjuntas de las Comisiones de Cámara y Senado – lo cual suele acelerar ostensiblemente el trámite de los proyectos de ley-, esa "fecha límite" del 20 de junio significa que la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que será la primera en conocer del proyecto en esta segunda

vuelta, debe evacuarlo antes del 13 de mayo próximo. Aprobado ese día, aún es cronológicamente posible surtir los debates restantes antes del 20 de junio sin violar la Constitución. Por el contrario, el proyecto fracasa si no alcanza a salir de la Comisión Primera de Cámara el 13 de mayo.

Sin embargo, lo conveniente es que la Comisión Primera de la Cámara lo apruebe mucho antes del 13 de mayo de 2005, pues esta fecha, si bien teóricamente correcta, presupone que con posterioridad a la misma: (i) los congresistas sesionarán todos los días de la semana, y no sólo martes y miércoles, como suelen hacerlo; (ii) debatirán un proyecto de semejante impacto en un solo día, y lo votarán al día siguiente; (iii) comenzarán los respectivos debates en el primer día en el que les es jurídicamente posible hacerlo y, (iv) no se presentarán en ningún momento inconvenientes habituales como demoras en las publicaciones o deficiencias de quórum.

Estos supuestos son tan irreales que al Gobierno le convendría establecer una fecha límite realista para que el proyecto pensional sea evacuado de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en un momento en el que aún sea razonable aspirar al cumplimiento de los términos subsiguientes. Esta fecha no debería ser posterior al 25 de abril de 2005. Si la Comisión Primera de la Cámara no ha evacuado el acto legislativo pensional antes del próximo 25 de abril, Fedesarrollo considera muy probable su hundimiento. Esto significa que la mencionada Comisión tiene poco más de un mes, contado desde el inicio de las sesiones ordinarias, para discutir el tema.

Ese lapso no sería en principio precario,

sino fuera por la siguiente circunstancia coyuntural: La agenda de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes está congestionada en las próximas semanas y no parece fácil que pueda dársele prioridad inmediata al tema pensional. En efecto, la Comisión comienza las sesiones ordinarias en medio del debate al complejo y controvertido proyecto de justicia y paz, que pretende facilitar la reinserción de los grupos armados ilegales, y seguidamente, debe ocuparse del proyecto de ley estatutaria que reglamenta la reelección presidencial y las garantías para todos los candidatos⁵. Este último proyecto también debe ser aprobado antes del 20 de junio de 2005⁶, y su contenido (garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, acceso de los partidos a los medios de comunicación, financiación de campañas, inhabilidades de los candidatos), es tan amplio y de interés tan directo para los congresistas, que no parece factible una evacuación tranquila y sobre todo rápida del mismo. A todo lo cual hay que agregar que la Semana Santa aparece pocos días después de iniciadas las sesiones ordinarias.

La importancia y urgencia de la reforma pensional es inobjetable. La coyuntura legislativa de las próximas semanas no parece favorecer su trámite prioritario. Ojalá el Congreso, y especialmente la Comisión Primera de la Cámara, encuentren el tiempo suficiente para discutirla antes de que el riguroso

⁵ La Comisión Primera de la Cámara discutirá, tanto el proyecto de justicia y paz, como el proyecto que reglamenta la reelección, en conjunto con la Comisión Primera del Senado.

⁶ Esta fecha límite obedece no sólo a su carácter de ley estatutaria, sino también al hecho de que así lo dispuso el propio Congreso cuando aprobó la reelección presidencial (Artículo 4º del proyecto de acto legislativo 2 de 2004)

calendario constitucional determine su prematuro entierro. El sondeo hecho por Fedesarrollo entre importantes miembros de las Comisiones Primeras indica que existe la convicción entre ellos de la importancia y urgencia del proyecto.

La aprobación de la reforma Constitucional en materia pensional es prioritaria y su importancia no debe ser opacada por los proyectos de índole política que cursarán en las Comisiones Primeras de Senado y Cámara durante este periodo legislativo.

El Acto Legislativo de pensiones es complejo y requiere de un profundo debate para garantizar que se alcancen condiciones de equidad y sostenibilidad financiera lo antes posible. En ese sentido, el texto aprobado en la primera ronda de discusión limitó el alcance de la propuesta inicial y resultó poco ambicioso en sus objetivos. Gobierno y Congreso todavía tienen la oportunidad de mejorar el proyecto.