

**ARTICULO DE INVESTIGACIÓN**

**Nulidad e Ineficacia del Traslado al RAIS bajo la óptica de los Principios:  
Respeto al mínimo vital y Progresividad**

**PRESENTADO POR:**

**JOSE HUMBERTO BEDOYA TABARES**

**CODIGO 15.956.944**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
ESPECIALIZACION EN SEGURIDAD SOCIAL**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS  
ESPECIALIZACION EN SEGURIDAD SOCIAL**

**OCTUBRE**

**2017**

## **Nulidad e Ineficacia del Traslado al RAIS bajo la óptica de los Principios: Respeto al mínimo vital y Progresividad**

**Autor:**

José Humberto Bedoya Tabares

### **Resumen:**

La realidad de los regímenes pensionales activos en Colombia, dejan una devastadora esperanza a las pretensiones pensionales, bajo los criterios de justicia y equidad, para los afiliados más pobres y vulnerables del país.

Considerando la situación actual del estado para la sostenibilidad pensional, el cual debe invertir para el pago de pensiones una suma aproximada a 27 billones de pesos, equivalente al recaudo del IVA por cada año, únicamente para el Régimen de Prima Media, cuyo déficit se causa por efecto de la relación pensionados y cotizantes que corresponde a la actualidad 7 pensionados por cada 2 cotizantes.

El exministro de Trabajo, Rafael Pardo, reconoció en sus análisis, que los subsidios pensionales, en una gigantesca proporción, "están favoreciendo a los pensionados más ricos de la población" y que para el cumplimiento de esta obligación por parte del estado, se deben destinar sistemáticamente, más del 80% del presupuesto destinado a pagar pensiones. Surge entonces un interrogante como ¿Si las megapensiones se deben sostener constitucionalmente?, pues su obtención no corresponden ni por justicia ni por equidad, pues los beneficiarios de ellas, no correspondieron con sus aportes ni a tiempo de dedicación al servicio del estado, si bien en la actualidad tienen un tope de 25 Salarios Minimitos Legales vigentes, no se reconocieron bajo las exigencias de la normativas aplicadas a los pensionados del común, por lo tanto, es responsabilidad del Estado, establecer un equilibrio para la sostenibilidad del sistema sin socavar los derechos constitucionales del trato digno y el bienestar social integral de todos los pensionados del país, bajo los principios de igualdad y equidad.

Se remodela el sistema pensional con la Ley 100 de 1993, dan origen a los Fondos Privados de Pensión, que administran el Régimen de Ahorros Individual con Solidaridad –RAIS, sistema que resulta mucho más inequitativo y perverso a la pretensiones sociales y económicas, promocionadas por la reforma, puesto que su contenido social es muy discutido, a razón que la mayor tajada de los subsidios para el Ajuste de la Pensión Mínima del Estado, queda en manos de las Administradoras y el afiliado únicamente tiene derecho a un salario mínimo legal vigente como pensión vitalicia, sin tener en cuenta el monto de sus cotizaciones ni el número de semanas cotizadas, lo que importa es el saldo al final del camino producto de su trabajo.

La situación actual del estado es crítica para ajustar la sostenibilidad pensional, el cual debe invertir para el pago de pensiones una suma aproximada a 27 billones de pesos, equivalente al recaudo del IVA por cada año, únicamente para el Régimen de Prima Media, cuyo déficit se causa por efecto de la relación pensionados y cotizantes que corresponde a la actualidad siete (7) pensionados por cada dos (2) cotizantes y el factor de más peso corresponde a las famosas “Megapensiones”.

A pesar de los de los esfuerzos en la búsqueda conjunta de todos los actores del sistema general de pensiones en dar soluciones a la problemática actual y real, surgen las reformas, cuya aplicación no muestran un alivio, por el contrario agrava más la situación, dados los resultados que muestran que el sistema sigue presentando los mismos problemas estructurales en los últimos 14 años: baja cobertura, falta de equidad e insostenibilidad fiscal. Lo más relevante de estos problemas es que todos terminan reflejándose en exclusión de los más pobres, hecho que manifiesta la urgencia de acometer las reformas más profundas, integrales y lo más relevante es estructural, donde la inclusión de todos los actores puedan generar políticas públicas de beneficio mutuo y con visión futura, como lo requiere un Estado Social de Derecho.

Parece el mundo al revés, el economista Stefano Farné sostiene que la inequidad se presenta en los regímenes especiales y exceptuados, argumento al que se le debe agregar la participación del Sistema Pensional del RAIS, con la aprobación de la norma vigente, que para quienes estando en este sistema, no pueden regresar al RPMPD-, administrado por Colpensiones, por efecto de su edad, vulnerando, de hecho, derechos fundamentales como es el respeto a su “Mínimo Vital”, derecho que ha sido reconocido desde 1992 en forma extendida y reiterada por la jurisprudencia constitucional de la Corte como un derecho que se deriva de los principios de un Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, con conexidad a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad.

Es importante analizar la evolución del Estado Colombiano y retomar a sus precursores en su construcción como un Estado Social de Derecho, influenciados por las conquistas y legados de la revolución francesa y la independencia de los Estados Unidos, cuyos pilares yacen en los Derechos Universales del Hombre, Libertad, Igualdad, solidaridad y la Dignidad Humana.

Simón Bolívar en 1819, Discurso de Angostura: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

Rafael Uribe Uribe en 1904: “contraste desolador entre la penuria de los que nada tienen y la abundancia de los que tienen mucho; entre los que sufren demasiado y los que demasiado gozan”.

Estas posturas de quienes participaron en su momento en la construcción del Estado Colombiano frente a la realidad actual, se reflejan grandes brechas de desigualdad, pobreza e exclusión social, que se van ampliando cada vez más por el retroceso en el legislar y la perversidad ante los derechos Universales del Hombre, que se ven degradados, torpedeados y en muchos casos eliminados;

situación que deja la huella oscura y silenciosa de la corrupción, el olvido del Deber Ser, de quienes, por mandato del pueblo generan las normas, su administración y sobre todo la vigilancia de las normas frente a la Carta Magna, donde debe primar el Bien General sobre el particular y la supremacía del Ser Humano como principio y fin del estado.

El derecho fundamental al mínimo vital, comprende todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas, con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor exclusivo como ser humano, debido a que no cuenta con las condiciones materiales y económicas que le permitan llevar una existencia digna. Este derecho fundamental busca garantizar que el ciudadano, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines u objetivos de propósitos indignos a su condición, considerando que la razón de este derecho es proteger a la persona contra toda forma de degradación, que comprometa no sólo su subsistencia física, sino por sobre todo, su valor intrínseco.

**Abstract:**

The reality of the pension systems active in Colombia, leave a devastating hope to the pension claims, fair and equitable, of its affiliates.

Considering the current situation of the state for pension sustainability, which must invest for the payment of pensions a sum of approximately 27 billion pesos, equivalent to the collection of VAT for each year, only for the Average Premium Regime whose deficit is caused by Effect of the ratio pensioners and contributors that corresponds to the present 7 pensioners for each 2 contributors.

It is important to analyze the evolution of the Colombian State and to return to its precursors in its construction as a Social State of Law, influenced by the conquests and legacies of the French Revolution and the independence of the United States whose pillars lie in the Universal Rights of Man, Freedom, Equality, Solidarity and Human Dignity

These positions of those who participated in the construction of the Colombian State in the face of the current reality, reflect large gaps in inequality, poverty and social exclusion, which are increasingly extended by the decline in law and perversity before the Universal Rights of Man, which are degraded, torpedoed and in many cases eliminated; a situation that leaves the dark and silent imprint of corruption, the neglect of the Duty Being, of those who, by mandate of the people, generate the norms, their administration and above all the vigilance of the norms in front of the Magna Carta, where the Good General on the subject and the supremacy of the Human Being as the beginning and end of the state.

**Key Words:**

Pensions

Individual Savings Scheme with Solidarity, singles RAIS

Average Premium Rate with Performance, singles RPMPD

Vital Minimum Principle

Principle of Progressivity

**Palabras claves:**

Pensiones

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS

Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPMPD

Principio Mínimo Vital

Principio de Progresividad

**Introducción:**

El objeto de este estudio, las consecuencias no esperadas, en el ámbito social, que trajo la privatización de los fondos de pensiones, bajo los preceptos de los nuevos modelos económicos, promovida por el gobierno, a raíz de la apertura económica iniciada en el de 1990.

Los fondos administradores de pensiones, inician su promoción, con discursos muy sugestivos para sus futuros afiliados, aduciendo innumerables beneficios en materia pensional y que de quedarse en Régimen de Prima Media con Prestación Definida no era lo más prudente, dado que el Instituto del Seguro Social, administrador de ese entonces, no era viable económicamente y estaba en peligro la pensión.

Para quienes optaron por realizar su traslado al RAIS y consultaron su realidad frente a las pretensiones pensionales ofrecidas, se dan cuenta de su terrible decisión, mal negocio para quienes obtuvieron pensión muy baja frente a los montos de cotización sobre 5 y más salario mínimos legales vigentes, para otros

que con conocimiento amplio y suficiente, sobre su futuro pensional con el RAIS, no les es posible volver al RPMPD, de conformidad con la norma <sup>1</sup>

El tema tratado, no ha sido ajeno a las consideraciones jurisprudenciales de la seguridad social, la cual ya ha indicado la forma como los fondos de pensiones deben gestionar la vinculación de las personas al régimen de pensiones que ellos administran por mandato de la ley, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral 31314 de septiembre de 2008. <sup>2</sup> “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica....<sup>3</sup>

A pesar de los pocos fallos en favor de la nulidad del traslado al RAIS, existe actualmente una luz de esperanza, por efectos del viraje de las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la Nulidad del Traslado, al considerar la viabilidad de regresar a Colpensiones como si nunca hubiese existido el traslado si por efectos de:

---

<sup>1</sup> literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los afiliados al Sistema General de Seguridad de Pensiones, que no son beneficiarios del régimen de transición, igualmente, podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión.

<sup>2</sup> Sentencia T 211 de 2016 Corte Constitucional -Referencia: expedientes T-5.285.185, T-5.285.191 (acumulados)- TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD-Prohibición, so pena de perder derecho al régimen de transición

<sup>3</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL MANIZALES SALA LABORAL. RAD: 8731-2007-0355-02

- a) su firma ha sido falsificada en el Contrato de Afiliación
- b) el Empleador lo afilió sin su consentimiento
- c) porque ha sido excluido de la cobertura del seguro al haberse determinado que se afilió con una condición de preexistencia.

De igual manera, Las altas cortes han considerado La magnitud del impacto al revisar los resultados de las liquidaciones de pensión en el RAIS, frente al RPMPD, en los cuales se evidencia una desigualdad e inequidad sobre el afiliado, que vulnera el derecho fundamental al respeto al mínimo vital y a su dignidad.

El análisis realizado por el experto en Pensiones de la Universidad del Rosario, Fabián Hernández, dice que los usuarios de Colpensiones tienen la posibilidad de liquidar su pensión con base en un sueldo promedio durante todos los años trabajados, por otro lado, en el régimen de ahorro individual usted no tiene una edad mínima para obtener la pensión, pero si un capital suficiente que le permita acceder a una pensión, el cual se calculará sobre el total del ahorro con sus rendimientos. Si durante el camino se dieron dificultades que no le permitieron acumular el capital suficiente, podrá contar con la garantía de pensión mínima, sin tener en cuenta su nivel de ingresos con se aportaba, no obstante, para Mauricio Toro, presidente de Protección, la información de los ingresos del afiliado no son suficientes, puesto que es importante revisar el promedio de aportes que tuvo en su vida laboral y ajustar con sus propios recursos para obtener una pensión digna.

En Colombia los fondos han tenido un desarrollo muy importante, pues han llegado a un crecimiento que hoy les representa algo muy cercano a 20% del PIB y se han constituido en algo muy importante en el desarrollo del sector empresarial y del mercado de capitales, situación contraria, en el sentir de sus afiliados, con cuestionamientos: ¿Hay justicia social? ¿Cuál es el destino del crecimiento de capitales? Si el negocio es tan bueno, ¿Dónde está la responsabilidad social para revertir este crecimiento al bienestar de los futuros pensionados con pensiones dignas y justas?

## **Metodología:**

Esta es una investigación de carácter social, económica y administrativa, aplicada para efectos argumentativos, que explica la incidencia normativa relacionada con el sistema pensional colombiano, en cuanto a lo cuantitativo de los montos y porcentajes de reconocimiento de pensión y lo cualitativo de los individuos comprometidos en la información recolectada, datos consistentes y precisos, aportados por la entidad cuya población es el objetivo de este estudio.

El enfoque que orientó la investigación fue el hermenéutico, bajo la construcción de procesos investigativos de las líneas jurisprudenciales, su análisis y las reflexiones ante la realidad aplicada.

## **Resultados:**

Este artículo científico pretende establecer tres aspectos relevantes en la investigación:

- Impacto Social. Afectación de la calidad de vida de los futuros pensionados por el RAIS.
- Impacto Económico, Requisitos y monto de las Pensiones del RAIS
- Impacto Administrativo, Establecer Políticas al interior de los Empleadores para desarrollar campañas que generen concientización para conocer y determinar el Régimen que administre sus futuras pensiones y exigir a la Administradoras del RAIS, la orientación idónea y suficiente sobre los beneficios de cada régimen. De igual manera buscar alternativas posibles, a la luz de la jurisprudencia para regresar al RPMPD.

## **Discusión:**

El efecto de este artículo científico, pretende buscar las alternativas posibles para el regreso al RPMPD, revisando y analizando cada una de las Sentencia de las Altas Cortes, a pesar de ser contrarias en sus fallos, pero sus apreciaciones en sus líneas jurisprudencias, rescatan la viabilidad de los afiliados para reclamar sus derechos conexos a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, para ser mucha más digna la prestación social de su pensión, que en la mayoría de los casos se ven violentados en su traslado al RAIS y que dan soporte para la anulación del traslado

Por otra parte, encontrar los mecanismos amplios y suficientes para que cada cotizante al sistema de pensiones, pueda acceder al conocimiento pleno del proceso de cálculo de pensión futura y tomar con autoridad su decisión de escoger su régimen que más le convenga.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia 31314 del 09 de septiembre de 2008, manifiesta su posición frente a las administradoras del RAIS, “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información”

La propuesta de los fondos privados desde finales del 2016, ante la realidad, entendida más no aceptada por sus afiliados y por ende el masivo desplazamiento de usuarios hacia el sistema de prima media más las demandas de los afectados, es la privatización de Colpensiones. Tal propuesta beneficiaría a los fondos privados con un negocio redondo al entregarles el manejo de todo el dinero de los cotizantes del país y frenar las demandas de las los afectados.

Dicha proposición se maneja bajo las condiciones actuales del Estado para proveer el pago de pensiones del RPMP y aprovechando la discusión en el Congreso sobre la próxima reforma pensional, lo que resulta paradójico, al lado de los constantes escándalos de corrupción y las provechosas utilidades del sector financiero del país.

Bien decía Goebbel<sup>4</sup>, el ministro de propaganda Nazi, que “una mentira repetida adecuadamente mil veces se convierte en verdad”.

Retomando el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, se registran en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), analizado por Omar Toledo Toribio<sup>5</sup>, donde establece que: “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

---

<sup>4</sup> Paul Joseph Goebbels, político alemán que ocupó el cargo de ministro para la Ilustración Pública y Propaganda del Tercer Reich entre 1933 y 1945.

<sup>5</sup> Juez Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima y Catedrático de la Facultad de Derecho –Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y delegado en Perú de la asociación latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010

De igual manera, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece sobre el Desarrollo Progresivo. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Por efectos coherentes y vinculantes al Estado Colombiano de las normas internacionales citadas anteriormente, se puede concluir en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, que existe la obligación de los Estados que las ratificaron, la garantía de su aplicación, bajo el principio de progresividad de los mismos en los términos antes citados, desprendiéndose así, la prohibición de regresividad de ellos.

Adicional a su aplicación, se debe considerar que el principio de progresividad de los DESC, tienen una doble dimensión:

**Positiva**, expresado a través de los logros graduales en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos humanos, que a pesar de la existencia de la norma, deben ser tutelados para su reconocimiento y que suponen decisiones estratégicas de un juez o por sentencias que logran preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales.

**Negativa**, se concreta a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad. En el derecho comparado, retomando a Barbagelata<sup>6</sup>, “la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos

---

<sup>6</sup> Dr. Pr., profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Montevideo, Universidad de la Republica, Uruguay

humanos fundamentales, perfectamente aplicable al Derecho laboral”, sosteniendo a este respecto que el “orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Mohamed Bedjanui “Por una carta mundial de trabajo humano y de la justicia social, BIT, 75º Aniv., Ginebra, 1994, p.28).”

Por otro lado, el Profesor y Juez Argentino Dr. Zás, en un fallo citado por Barbagelata, ha señalado que este principio de progresividad se integra con el principio de primacía de disposición más favorable a la persona humana o cláusula de individuo más favorecido (En Rev. Der.LAb., t. XLI, pags. 843 y ss.).

No ajenos a las normas internacionales citadas y en consideración del derecho comparado en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, citando entre otras\_ Sentencias C-428 de 2009 y 493 de 2015<sup>7</sup>, en las cuales se exponen plenamente la obligación de la aplicación de los Principios de Progresividad y la prohibición de la Regresividad:

El principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social y la prohibición, prima facie, de adoptar medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales, consiste básicamente en que el Legislador no puede desmejorar

---

<sup>7</sup> Dijo entonces la Corte: “Más recientemente, en sentencia T-043 de 2007, la Corte encontró demostrada la regresividad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para el caso de varios afiliados al sistema general de pensiones que contaban con más de 26 semanas y menos de 50 semanas cotizadas al momento de la estructuración de la invalidez, por lo que la aplicación de los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 resultaban incompatibles con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales. Dijo entonces la Corte: “La Sala concluye que en el asunto bajo examen la aplicación de las reglas para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez fijadas por el artículo 1º de la Ley 860/03 contradicen los postulados constitucionales relativos al derecho al mínimo vital de los discapacitados y al principio de progresividad de los derechos sociales. En ese sentido, conforme al precedente fijado por esta Corporación en asuntos similares, deberá darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la norma citada y en consecuencia, ordenar a la entidad demandada que rehaga la actuación relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, basándose para ello en los requisitos previstos en la versión “original” del artículo 39 de la Ley 100/93”.

los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo, y está consagrado tanto en la Constitución Política (artículo 48) como en otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas - intérprete autorizado del PIDESC- y el Pacto de San José de Costa Rica que enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Es así como esta Corporación ha señalado que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie, el mandato de progresividad.

La prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, con lo que se quiere significar que si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo. La jurisprudencia ha determinado que para que pueda ser constitucional el cambio normativo regresivo, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social. Así, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.

En resumen se puede afirmar, que el principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-PIDCP y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC (art. 4 de ambos)... Este principio debe ser el soporte y una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, como un principio o regla general en el ámbito del derecho del trabajo, conforme a lo consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT, y aceptado universalmente.

La Constitución Política de 1991 establece la figura de Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, concepción basada en los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos. Las normas Internacionales y universales sobre los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina, se han referido al significado y alcance del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales, lo cual deben establecer una orientación a la materialización de su aplicación como función y garantía del Estado.

De igual manera, la Reforma al Sistema de Seguridad Social en pensión, mediante la Ley 100 de 1993, es un reflejo manifiesto a la afectación directa al Principio de la Progresividad y cuya aplicación retrae y menoscaba los derechos ya reconocidos en normas anteriores, de igual forma, desmejora una situación jurídica favorable al trabajador, caso negación de los traslados del RAIS a Colpensiones, pues de alguna forma se está afectando los derechos fundamentales del afiliado, al no aplicarle el principio de favorabilidad, desconociendo la jurisprudencia al caso y en especial los acuerdos internacionales, pues la aplicación del Principio de Progresividad es universal en el ámbito del derecho laboral y resulta indiscutible, que los derechos laborales constituyen derechos fundamentales.

La jurisprudencia emitida por las diferentes Cortes, reiteran y confirman el derecho fundamental al mínimo vital, y ordena al Estado Colombiano su respeto y su reconocimiento en las instancias legislativas y a quienes administran justicia, entre otras reclamaciones, reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimputables, detenidas, indigentes, enfermos no cubiertos por el sistema de salud, mujeres embarazadas y de hecho para los casos en las liquidaciones pensionales del RAIS. De igual manera, los jueces de tutela también han reprochado las acciones u omisiones, con fundamento en el derecho fundamental al mínimo vital, bien sea de particulares que presten algún servicio público como los servicios de salud, educación, pensión o de particulares que atentan contra la subsistencia digna de una persona, con el fin de asegurar el mencionado derecho, como se manifiestan hechos en materia del no pago prolongado de salarios o pensiones a cargo del empleador o a cargo del sistema de pensiones o por empresarios particulares que a pesar de su obligación normativa a suministrar a la persona que se encuentra en una situación de indefensión y vulnerabilidad, en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia hacen caso omiso a esta obligación y niegan las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y contribuyen su degradación o aniquilamiento como ser humano.

El derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser aceptado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales y monetarios que la persona necesita para llevar una existencia digna.

Por lo anteriormente expuesto, se puede deducir que en un Estado Social de derecho, el respeto al mínimo vital, debe ser una garantía a cargo del Estado, pero la realidad en el Colombia es otra, por efecto de los modelos económicos neoliberales contenidos y aplicados en la Ley 100 de 1993, que a pesar del contenido social de su preámbulo, las prestaciones económicas en pensión dadas

por el RAIS, no son más que un resultado financiero, cuya base es el saldo en una cuenta de ahorro individual, constituido por los aportes de los afiliados, que de hecho es muy negativo a sus expectativas, pero muy beneficioso para las entidades financieras que lo administran.

El derecho fundamental al mínimo vital, comprende todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas, con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor exclusivo como ser humano, debido a que no cuenta con las condiciones materiales y económicas que le permitan llevar una existencia digna. Este derecho fundamental busca garantizar que el ciudadano, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines u objetivos de propósitos indignos a su condición, considerando que la razón de este derecho es proteger a la persona contra toda forma de degradación, que comprometa no sólo su subsistencia física, sino por sobre todo, su valor intrínseco.

La Constitución Política de 1991 introdujo para Colombia el derecho irrenunciable a la Seguridad Social cuando expresó: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación, y control del estado... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”, constituyendo la gran conquista institucional del Siglo XX siendo las pensiones, la salud y los riesgos profesionales los principales componentes del sistema. Sin embargo, la libertad de configuración del legislador, introdujo cambios normativos en la Ley 100 de 1993, que significaron regresividad en materia de otorgamiento de la pensiones por parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS.

La reforma al Sistema General de Pensiones creado a partir de la Ley 100 de 1993 aplica una estructura dual y excluyente, conformada por un Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD y un Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, que desde su vigencia, 01 de abril de 1994, se le han realizado varias reformas, con el propósito de corregir problemas

estructurales de cobertura, inequidad y sostenibilidad financiera, caso en el año 2005 fue promulgado el Acto Legislativo 01 que elevó la sostenibilidad financiera al rango constitucional, cuyo resultado no fue el esperado.

El principio constitucional de la sostenibilidad financiera frente al Estado, como garante protagónico del derecho a la pensión, se concluye que la sostenibilidad no debe ser una razón para desconocer derechos fundamentales como la pensión, ni mucho menos ser fundamento para medidas regresivas que vulneran la materialización de este derecho y que su dominio, debe enfocarse en un marco de progresividad y sostenibilidad social, acorde a un Estado Social de Derecho.

Muy a pesar del análisis esbozado por la Corte Constitucional al Principio de Progresividad en los Derechos Sociales Constitucionales en la mayoría de su Jurisprudencia, la violación de los derechos en materia pensional, por parte del RAIS son objeto de estudio, cuyos administradores de este sistema, se sostienen que actúan bajo la normatividad vigente, contrarios a las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Constitucional que ha reiterado que la prohibición de los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales no es absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie, lo cual significa que un retroceso, lo cual debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable. Así en las leyes integrales o sectoriales de ajuste en el sistema de seguridad social pensional, a pesar de presumirse inconstitucionales, prima facie, pueden demostrarse necesarias, proporcionales, conducentes y aún convenientes desde una perspectiva global, descartándose con ello su inexecutableidad.

La realidad del Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, es que es un sistema financiero y que está muy lejos de su objeto social para lo cual fueron creados, su único objetivo es el enriquecimiento, con el agravante, que son administrados por el sector privado y cuyos dueños son unos pocos y a quienes se les incrementa su fortuna, adquirida bajo la normatividad actual, como símil, se

puede retomar la situación de pobreza y abandono del protagonista de la novela de García Márquez, El coronel no tiene quien le escriba, quien esperó durante años una pensión que nunca recibió, muy a pesar de sus reclamaciones relatadas a lo largo de la obra –tal como las víctimas anónimas de estos fondos privados, no consideran la normatividad ni una comprensión directa de ella y deben actuar por la justicia ordinaria para reclamar sus derechos a falta de una seguridad jurídica sobre el tema que lo identifique y lo defienda, es por ello, que la JUSTICIA COLOMBIANA ES UNA JUSTICIA ROGADA, hay que reclamarla.

## **Bibliografía:**

## **Normatividad:**

- **Colombia, Constitución Nacional de Colombia de 1991**
- Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1993
- Colombia, Congreso de la República, Ley 797 de 2003

## **Jurisprudencia:**

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-144 de 2013, M.P. María Victoria
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-489 de 2010, M.P. Jorge Ignacio
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Unificatoria, SU-130 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.  
Magistrados: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
MARIA VICTORIA CALLE CORREA  
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO  
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
ALEXEI JULIO ESTRADA  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
NILSON PINILLA PINILLA  
▪
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-489 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia Sala de Casación Laboral, radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicado 46292 (SL12136-2014) del 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-493/15 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-166/13- MP Luis Ernέsto Vargas Silva, Unificación de jurisprudencia sobre traslado del régimen de

ahorro individual al régimen de prima media en el caso de beneficiarios del régimen de transición traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir edad.

- Colombia, Corte Constitucional, -Referencia: Sentencia T-211/16 expedientes T-5.285.185, T-5.285.191 (acumulados)

#### **Derecho Comparado:**

- En “La Renovación del Nuevo Derecho”, Revista Derecho y Sociedad N° 30, Año XIX, Lima 2008, pag.63
- Toledo Omar, 2010, “El principio de Progresividad y no Regresividad en materia laboral”

Revistas especializadas:

- Carlos, Vallejo, 2015, “Acción Nulidad en Afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual”
- María, Vásquez, 2016, El Espectador, “La estafa de los fondos privados de pensión”

#### **Webgrafía:**

- Colombia, <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-211-16.htm>
- Colombia, [http://legal.legis.com.co/document?obra=rlaboral&document=rlaboral\\_01896d5633d0470a881826958cfbee1c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rlaboral&document=rlaboral_01896d5633d0470a881826958cfbee1c)
- Colombia, <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-166-13.htm>
- Colombia, <http://www.elespectador.com/opinion/los-fondos-privados-de-pension-columna-682248>
- <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891197/Latinoamerica.pdf/bb77b570-21c2-44d1-b49f-764fc0014173>