Sentencia C-623/04

SEGURIDAD SOCIAL-Carácter de servicio público y derecho constitucional

ACTIVIDAD ECONOMICA COMO SERVICIO PUBLICO-Alcance/SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL-Finalidad

SEGURIDAD SOCIAL-Cumple los postulados básicos de una actividad de servicio público

La seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.

SEGURIDAD SOCIAL-Carácter de servicio público esencial en determinados casos

SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO ECONOMICO Y SOCIAL-Alcance/SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO PRESTACIONAL Y PROGRAMATICO-Alcance

De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional, es considerado como un derecho prestacional y programático, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada prestación, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor, y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectividad realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHIO PRESTACIONAL-Requerimientos para efectividad

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Condición programática tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Contenido prestacional y programático/DERECHO A LA

SEGURIDAD SOCIAL-No es en si mismo un derecho fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-factores para ser considerados como fundamental

SEGURIDAD SOCIAL-Concurrencia en la prestación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Diseño a través de distintos modelos/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-principios y reglas a las cuales debe sujetarse

Esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta. De suerte que, el legislador en virtud de la libertad de configuración puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar en una reforma legal por un modelo distinto, no implica per se la existencia de una disposición inconstitucional. En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces. Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera

de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos. En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. El principio de eficiencia cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar "el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales", en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PENSIONAL-Concurrencia en la prestación/REGIMENES PENSIONALES-Creación y estructuración

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Significado y alcance

El régimen solidario de prima media con prestación definida, cuya característica esencial consiste en la realización aportes para la obtención de una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, previamente definidas en la ley, a favor de sus afiliados o beneficiarios, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan con los requisitos legales, tales como: edad, número de semanas cotizadas y períodos de fidelidad. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar una prestación indemnizatoria (también llamada:

indemnización sustitutiva).En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, así como, los gastos de administración y la constitución de reservas para asegurar el pago de futuros acreedores pensionales.

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Calculo actuarial

PENSIONES LEGALES-Subsidios implícitos/SISTEMA PENSIONAL-Subsidios implícitos

SISTEMA PENSIONAL-Alteración de variables que componen el cálculo actuarial

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Viabilidad financiera

SISTEMA PENSIONAL EN EL REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Medidas legislativas sobre variables de cálculo actuarial-CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ACTIVIDAD Y LIBERTAD ECONOMICA-Alcance respecto de razones de conveniencia

La adopción de medidas legislativas sobre las variables que componen el cálculo actuarial del sistema pensional en el régimen solidario de prima media con prestación definida, no pueden ser analizadas desde una posición aislada o descontextualizada del sistema al cual pertenecen, por cuanto se presume que corresponden a un juicio político, económico y financiero, razonable y proporcional, de las distintas hipótesis o constantes macroeconómicas que pueden afectar el futuro cumplimiento de obligaciones pensionales del Estado. Por ello esta Corporación al reconocer la diversidad de grados en el ejercicio del control de constitucionalidad de materias atenientes al ejercicio de actividades y libertades económicas, ha insistido que cuando una regulación se relacione con el ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía, que no afecten derechos constitucionales fundamentales, el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta.

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD EN MATERIA PENSIONAL-Significado y alcance

FONDO DE GARANTIAS DE ISTITUCIONES FINANCIERAS-Objeto

SEGURIDAD SOCIAL-Intervención del Estado

Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la seguridad social en sus distintos componentes, admite la intervención del Estado, en aras de asegurar su adecuada y eficiente prestación y, además, con el propósito inflexible de velar por el cumplimiento cabal e idóneo de las obligaciones que surgen para con sus afiliados y beneficiarios.

LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-No es absoluto

En materia de seguridad social, la Corte ha venido señalando que su prestación se lleva a cabo a través de las reglas de un mercado sujeto a la libre competencia, por virtud del cual sus distintos prestadores, se encuentran en un plano de igualdad de condiciones (es decir, tanto aquellos que administran los recursos del fondo común a través del régimen solidario de prima media con prestación definida, como aquellos otros que administran los fondos de pensiones del sistema de ahorro individual con solidaridad). No obstante, esta Corporación igualmente ha establecido que el derecho a la libre competencia en dicho sector, no es absoluto, por cuanto tiene sus límites en los principios que rigen el servicio público de la seguridad social. En sus propias palabras, la Corte expresó que: "(…) los principios de libre competencia y libertad de empresa deben armonizarse con las especiales potestades de intervención que tiene el Estado y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, en especial el de seguridad social".

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE DIRECCION E INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Alcance respecto de razones de conveniencia

En este punto adquiere relevancia lo esgrimido anteriormente), en relación con el grado de control que debe desarrollar esta Corporación al momento de pronunciarse en torno a una disposición acusada que corresponde al ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía. En estos casos, el juez constitucional debe respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo,

solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta. La efectividad de dicho juicio de inexequibilidad exige que el juez constitucional pondere con sumo cuidado la tensión existente entre el interés privado y la prevalencia del interés general, con el propósito de hacer compatibles ambas modalidades de bienestar, sobre la base de la preponderancia del interés colectivo, pero sin llegar a desconocer el núcleo esencial de las garantías individuales.

INTERES PUBLICO E INTERES PRIVADO EN NORMAS DE INTERVENCION ECONOMICA

LIBERTAD ECONOMICA Y PRINCIPIO DE PRIMACIA DE INTERES GENERAL-Tensión/LIBERTAD ECONOMICA Y PRINCIPIO DE PRIMACIA DEL INTERES GENERAL-presupuesto para limitación de la libertad

la Corte recientemente concluyó que las tensiones que se presentan entre las libertades económicas y el principio de primacía del interés general; pueden conducir a la limitación sobre dichas libertades (tales como, la libre competencia económica, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, etc), siempre y cuando (i) se lleven a cabo por ministerio de la ley (C.P. art. 334); (ii) respeten el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación; (iii) obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución y, finalmente; (iv) respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Capitalización del fondo común para evitar deterioro de recursos públicos/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Autofinanciamiento

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Periodo de carencia o periodo mínimo de permanencia

SERVIDOR PUBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA AFILIADO AL REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Periodo de permanencia obligatoria/SERVIDOR PUBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA AFILIADO AL REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Periodo de permanencia obligatoria a quienes ingresen

DERECHO A LA LIBRE ELECCION EN MATERIA DE REGIMENES PENSIONALES-No es absoluto

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites especiales para los servidores públicos en relación con la generalidad de los trabajadores.

SERVISIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL-preservación de principios

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Situación económica

SISTEMA PENSIONAL-Medidas para aliviar cargas sin aumentar crisis fiscal

SISTEMA PENSIONAL-Adopción de medidas sobre variables que componen el cálculo actuarial

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Periodo de carencia y afiliación obligatoria de carácter temporal

LIBERTADES ECONOMICAS–No desconocimiento del núcleo esencial a pesar de limitarse las reglas de acceso a una sana concurrencia u oposición

Esta Corporación ha reconocido que no existe un sacrificio en el núcleo esencial de las libertades económicas, tales como, la libertad de empresa y la libre competencia, cuando a pesar de limitarse las reglas que gobiernan el acceso a una sana concurrencia u oposición, la medida que adopta el legislador, tiene como propósito salvaguardar la estabilidad de un principio o fin constitucional y, además, resulta proporcional y razonable

REGIMEN PENSIONAL-Preservación de estabilidad

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA EN MATERIA PENSIONAL-Validez constitucional de estrategia económica para preservar estabilidad

DERECHO A LA LIBRE ELECCION DEL USUARIO EN MATERIA DE REGIMEN PENSIONAL-Carácter legal/SISTEMA DE SEGURIDA SOCIAL-Diseño de modelo distinto al vigente

Referencia : expediente D-4933.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3° (parcial) de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

Demandante: Oscar Giraldo Jiménez.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Oscar Giraldo Jiménez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad parcial de los artículos 2° y 3° de la Ley 797de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

Mediante Auto del 7 de noviembre de 2003, el suscrito magistrado sustanciador en el asunto de la referencia admitió la demanda, respecto a las expresiones acusadas del artículo 3° de la Ley 797 de 2003 y, adicionalmente, la inadmitió respecto a los preceptos legales demandados del artículo 2° de la misma Ley, concediéndole al accionante un plazo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del citado Auto, con el fin de proceder a su corrección en los términos allí previstos. Sin embargo, dicho término venció en silencio y, por lo tanto, mediante Auto del 24 de noviembre de 2003, se resolvió rechazar la demanda

de la referencia, respecto a los preceptos legales demandados del artículo 2° de Ley 797 de 2003.

Así mismo, en el citado proveído de fecha 7 de noviembre de 2003, se ordenó realizar las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se dispuso fijar en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 45.079 de enero 29 de 2003. Se subrayan y resaltan los apartes demandados.

(Enero 29)

Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(…)

Artículo 3°. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de

contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.

Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.

III. LA DEMANDA.

3.1. Normas constitucionales presuntamente infringidas.

El actor considera que las disposiciones acusadas vulneran lo dispuesto en los artículos 1°, 4° y 13 de la Constitución Política.

3.2. Fundamentos de la demanda.

En opinión del demandante, el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, consagra factores discriminatorios que rompen con la igualdad ordenada por la Carta Política. Así mismo, expresa que el cambio normativo es injusto, arbitrario e irracional y que, por lo mismo, no consulta la voluntad del pueblo, ni tampoco de la clase trabajadora. En este sentido, el accionante sostiene que:

"(…) La Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre la manifestación de voluntad libre y espontánea de cada uno de los trabajadores de vincularse en forma indiscriminada a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes sin tener en cuenta como única razón la necesidad del Estado de sostener vía afiliaciones forzosas a

los servidores del Estado que ingresan a laborar, ello, no puede desde ningún punto de vista entenderse como una razón suficiente para obligar a las personas a afiliarse a un determinado fondo o hacer parte de un determinado régimen pensional".

Bajo este contexto, el demandante considera que las disposiciones acusadas desconocen tanto la libertad de elección de los trabajadores públicos, como el derecho a la igualdad entre dichos servidores y los trabajadores particulares.

En relación con la libertad de elección, sostiene que al crear el ordenamiento jurídico distintos regímenes pensionales, bajo diversas reglas y en un ambiente libre y propicio para la competencia, no resulta constitucionalmente válido coartar la autonomía de los empleados públicos de elegir aquél régimen que le represente mejores opciones, a partir del análisis particular de las condiciones, expectativas y beneficios que se esperan lograr en cada caso. En sus propias palabras, se afirma que:

"Como se observa, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar las diferencias profundas existentes entre los dos regímenes, así como en demostrar y defender la necesidad de dar libertad a los empleados para que sean ellos quienes elijan el régimen que mejores opciones les reporten en forma individual y dada las condiciones particulares de cada caso concreto, pues mal haría imponiendo como hoy se hace a través de la reforma al artículo 15 de la Ley 100 de 1993, una única opción para las personas que se incorporan al servicio del sector público, a quienes se les cercena de forma absoluta y sin razón de peso suficiente el derecho a elegir libre y voluntariamente el régimen"1.

Conforme a esta argumentación, el accionante invoca la existencia de un trato discriminatorio entre los empleados públicos y los del sector privado, pues considera que el tratamiento disímil entre ellos debe basarse en otras causales distintas al hecho de que la persona haga parte de un sector u otro. Precisamente, en la argumentación realizada en el texto de la demanda, se manifiesta que:

"(…) Defender la posibilidad de elegir libremente el régimen para todos los servidores o trabajadores, independientemente de a cuál sector se vinculan por vez primera es cuestión de trato igual, de defender la igualdad de derechos entre los empleados del sector público y los empleados del sector privado. El trato diferente o discriminatorio no puede obedecer, ni plantear como razón la simple vinculación al sector oficial o público, deben existir causales

diferentes y razonables que justifiquen la discriminación, entre tanto deberá entenderse que procurar un trato justo no es incurrir, para este caso en particular en el denominado igualitarismo, es simple y llanamente, acudir a los principios elementales de igualdad, no puede pensarse que el sistema de prima media con prestación definida se vaya a sostener con la afiliación obligada de los servidores públicos a quienes sin elementos de juicio y sin razones justas se les proporcione un trato desigual y discriminatorio poniéndoles en situación desventajosa (…)".

4.1. Intervención de la Universidad del Rosario.

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, intervino dentro del proceso de la referencia, con el objeto de solicitar a esta Corporación declarar inexequible el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, con fundamento en los siguientes argumentos:

A juicio del interviniente, la libre elección como derecho de los servidores públicos de vincularse a cualquiera de los regímenes pensionales previstos en la ley, es una expresión concreta del Estado Social de Derecho, cuyo propósito es otorgar las herramientas necesarias para lograr que cada persona adquiera un estado de garantía en relación con el riesgo latente de la vejez. Por ello, el legislador puede establecer la obligatoriedad de afiliación al sistema general de pensiones, pero no la obligatoriedad en la escogencia de alguno de los dos regímenes. En este contexto, la norma resulta discriminatoria en relación con los servidores públicos, teniendo en cuenta que a los demás trabajadores, sí les permite optar por el régimen que más les convenga.

Con fundamento en lo anterior, concluye que: "(…) independientemente del régimen que en la práctica resulte más benéfico para el trabajador, la ley es discriminatoria porque bien podría haber optado por el otro régimen como obligatorio para los servidores públicos en cargos de carrera administrativa y, de la misma forma, habría sido discriminatoria. Es decir, que no interesa por cuál de los regímenes optó el legislador, pues en cualquier caso, al hacer obligatorio un régimen, está discriminando a un sector de la población laboral".

4.2. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia.

El señor Ernesto Pinilla Campos, actuando en representación del Decano de la Universidad Nacional de Colombia, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la

declaratoria de inexequibilidad del artículo 3° de la Ley 797 de 2003, argumentado que:

En su opinión, no se visualiza que exista una justificación objetiva y razonable para restringir a un grupo específico de servidores públicos de las mismas posibilidades legales de las cuales gozan todos los otros trabajadores, ya que la ley obliga únicamente a quienes estén en carrera administrativa a permanecer durante tres (3) años en el régimen de prima media con prestación definida a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, al igual que sucede con quienes ingresen por primara vez a la administración en cargos de dicha naturaleza.

A su juicio, "(…) resulta palpable que, en el caso en estudio, se restringe, limita o acorta el ejercicio de un derecho a unas personas, de manera arbitraria e injustificada, por el sólo hecho de tener una cierta calidad como servidores públicos, violándose así la disposición 13 de la Carta Política en relación con el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de 'igualdad de oportunidades para todos los trabajadores', ya que la gran mayoría de ellos tendría derecho a optar por algunas de las diferentes opciones y prerrogativas que más les convenga de acuerdo con la Ley 100 de 1993, mientras que para otros desaparecía el derecho a escoger libremente la opción, que para sus particulares circunstancias, pudiere resultarles más beneficiosa".

Finalmente, el interviniente afirma que la norma acusada desconoce el principio de solidaridad. En su parecer, dicha solidaridad como mandato constitucional resulta manifiestamente contrario al beneficio de muchos con cargo a unos pocos. Esto sucede, en el presente caso, al imponer a un escaso número de trabajadores del Estado el deber de corregir los efectos fiscales negativos del Seguro Social, mientras el resto puede continuar optando libremente por el sistema pensional que – según sus propias circunstancias – más les convenga. Desde esta perspectiva, la eficacia del principio de solidaridad se sujeta al ejercicio razonable de la discrecionalidad legislativa, lo cual impone la exigencia de someter a todos los servidores públicos del Estado a contribuir para salvaguardar la estabilidad financiera del Seguro Social y no crear para unos pocos esa responsabilidad.

4.3. Intervención del Ministerio de Protección Social.

El señor Jorge Ernesto Angarita Rodríguez, en calidad de representante de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social, solicita se declare exequible la norma demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifiesta que el sistema de seguridad social es de amplia creación legal, motivo por el cual corresponde al legislador determinar cuáles son las condiciones y reglas que deben regir dicho sistema, estando tan sólo limitado por los preceptos constitucionales, los derechos fundamentales y los derechos adquiridos. De suerte que, como el régimen de traslado constituye por su propia esencia una mera expectativa, éste puede ser plenamente modificado en cualquier momento.

En cuanto a la seguridad social como derecho constitucional, el interviniente sostiene que esta Corporación le ha reconocido reiteradamente un carácter prestacional y que, en dicha medida, sólo excepcionalmente se le ha otorgado un alcance fundamental en atención a su conexidad con alguno de los derechos que detentan esa naturaleza. En estos términos, la disposición acusada al establecer una regla de inamovilidad y, a su vez, al prever la afiliación obligatoria al régimen de prima media con prestación definida, no tiene la entidad suficiente para comprometer a la seguridad social como derecho fundamental por conexidad, primordialmente por cuanto su contenido restrictivo es estrictamente temporal.

En segundo lugar, sostiene que el sistema de seguridad social descansa en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y primacía del interés general, "principios que no podrán cumplirse si, como lo pretende el actor, se omite considerar la sostenibilidad financiera del mismo". Desde esta perspectiva, la limitación temporal a los traslados entre regímenes y la permanencia obligatoria de algunos trabajadores en el régimen de prima media con prestación definida, permiten a partir del cálculo actuarial que le da viabilidad al sistema, lograr la financiación de algunas pensiones que en un corto plazo se convertirán en el derecho adquirido de ciertas personas. De tal modo, el interviniente finaliza señalando que:

"[la disposición acusada] obedece a una necesidad técnica y actuarial, pues el cálculo actuarial que genera el monto de la tasa de cotización que le da viabilidad financiera al sistema, requiere el ajuste de las variables que lo componen, para obtener un mismo resultado cuando algunas de estas variables sufren una variación sustancial. Una de las opciones que existen para ajustar este cálculo, está dada por el aumento del período mínimo de permanencia o período de carencia, aspecto éste que, además, estimula la fidelidad al sistema, propósito necesario y que deriva de la exigencia constitucional de consagrar la seguridad social como un derecho y como una obligación para la generalidad de las personas.

No sobra mencionar, en este punto, que es el sustento actuarial es el que permite que sea posible asumir los riesgos que se encuentran involucrados en el sistema y que, de no cumplirse los requisitos en la citada formulación o de no ajustarse ésta a las circunstancias económicas del país, dado que éstas son cambiantes, simplemente no podrían reconocerse las pensiones a ninguno de los afiliados, puesto que, frente a recursos limitados, es preciso distribuirlos de modo que cubran al mayor número posible de personas.

Así las cosas, el período de carencia, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliada a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y permitiendo una mayor utilidad financiera de las inversiones que, en este supuesto, pueden realizarse a largo plazo, aspecto éste que también forma parte del soporte actuarial ya comentado, pues éste presume una rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad o fondo común que financia las pensiones (…)".

La señora Sandra María del Castillo Abella, actuando en condición de apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada por considerar inválidos los argumentos del actor.

El análisis del interviniente empieza por destacar la importancia del concepto eficiencia en el sistema pensional. El cual, en su criterio, se encuentra íntimamente ligado al concepto de sostenibilidad financiera, del que depende el pago oportuno de los derechos y beneficios pensionales.

Así las cosas, la Ley 797 de 2003 fue expedida con el objetivo de darle viabilidad financiera al sistema de pensiones en un largo plazo. Para ello, entre otras, era necesario adoptar la medida prevista en la norma demandada, con el propósito de disminuir los subsidios implícitos que otorga el fisco nacional al régimen de prima media y, por ende, lograr que las pensiones que se reconozcan a partir del año 2008, se capitalicen a sí mismas con el monto de sus aportes, períodos de carencia, de fidelidad, etc.

En apoyo de lo anterior, manifiesta que: "(…) La finalidad de la norma consiste entonces en mantener unos beneficios, por lo que las disposiciones tienden a que se mantenga la viabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida. Por ello, la norma

acusada buscó un cierto grupo de afiliados estable que asegurara los recursos, por ésta razón se escogieron los funcionarios de carrera administrativa, que son los que tienen mayor estabilidad en el sector público (…)"

En relación con los cargos formulados por el demandante, el representante del Ministerio desarrolla una exposición completa sobre la adecuación de la norma demanda al test de igualdad. Así, en torno al cumplimiento del objetivo, señala que se persigue alimentar el fondo común del régimen de prima media, evitando el desgaste de los recursos públicos del Estado y de las reservas del I.S.S., permitiendo el autofinanciamiento de pensiones a partir del año 2008. La validez de dicho objetivo, se encuentra estrechamente vinculada al logro del principio de universalidad, en cuanto permite ampliar la cobertura de protección de los riesgos propios de la seguridad social en vejez. Por último, su proporcionalidad es indiscutible dada la ausencia de una medida menos onerosa para lograr el objetivo perseguido y, adicionalmente, reconociendo que los sujetos afectados por dicha medida, en razón de su estabilidad laboral resultan idóneos y eficaces para contribuir al sostenimiento de la vialidad financiera del régimen de prima media, en aras de salvaguardar el principio de solidaridad pensional. Además, no resulta vulnerado el derecho a libertad de elección de los servidores públicos vinculados mediante carrera, en la medida en que se trata de una restricción eminentemente temporal, cuya eficacia fluye indirectamente en beneficio de toda la población.

4.5. Intervención del Instituto de Seguros Sociales.

El señor Carlos Libardo Bernal Pulido, actuando en nombre y representación del Instituto de Seguros Sociales, intervino en el proceso de la referencia, con el fin de solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

En primer lugar, reitera que le corresponde al Congreso de la República en ejercicio de su órbita de autonomía desarrollar los términos bajo los cuales debe prestarse el servicio de seguridad social. Sin que, en ninguna parte, el texto constitucional le imponga el seguimiento de un determinado modelo.

En segundo término, sostiene que no existe evidencia alguna que permita argumentar la existencia de un trato desigual. En su opinión, la incertidumbre en relación con las bondades y desventajas de ambos regímenes hacen inoperante la acusación del demandante. Por el

contrario, manifiesta que permitir el desequilibrio financiero del Seguro Social y, por ende, del régimen del prima media con prestación definida, podría conducir a la privatización del servicio de la seguridad social junto con sus inminentes riesgos. Precisamente, manifiesta que: "la privatización total de la prestación del servicio de seguridad social en pensiones no es aconsejable y genera riesgos relacionados con el funcionamiento y solidez de las entidades que administran los recurso de las pensiones".

Por último, en torno al cumplimiento de las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, el representante del Seguro Social sostiene que el legislador se encuentra habilitado para restringir la libre escogencia de los regímenes pensionales, en cuanto su pleno ejercicio pueda comprometer la eficiencia o la universalidad del sistema de seguridad social, o cuando el principio de solidaridad cobra mayor efectividad o cuando se trate de asegurar la garantía constitucional del pago oportuno de las pensiones y sus reajuste. Dichos propósitos se cumplen con la disposición acusada, en la medida en que responde a un problema estructural que afecta la sostenibilidad financiera del Estado y de las reservas del I.S.S.

4.6. Intervención de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS DE COLOMBIA-.

El señor Rodrigo Galarza Naranjo, en su condición de representante judicial de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS DE COLOMBIA-, intervino dentro del proceso de la referencia, con el fin de coadyuvar parcialmente la demanda, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Explica inicialmente el interviniente el origen conceptual del régimen de prima media. A este respecto, señala que dicho sistema pensional descansa en el principio financiero de reparto simple – o, "pay as you go" -, en virtud del cual los trabajadores activos que cotizan al sistema sostienen a los empleados inactivos que producen pasivos pensionales en razón de la vejez, invalidez o muerte. Sin embargo, aclara que la ausencia de un verdadero estudio y cálculo actuarial, sumado a los bruscos cambios demográficos, produjo una insuficiencia financiera en el sistema que desde el año de 1993 (Ley 100) se intenta solventar y corregir.

En consecuencia, en su opinión, la finalidad de la Ley 797 de 2003, en su conjunto, "es legítima y razonable, toda vez que se dirige inequívocamente a asegurar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, y particularmente, el régimen de prima media

con prestación definida administrado, principalmente, por el Instituto de Seguros Sociales".

Sin embargo, obligar a un segmento de la fuerza laboral a afiliarse o a permanecer afiliado al ISS, resulta contrario al Texto Constitucional. En efecto, se discrimina al individuo por razón de la clase o calidad del empleo que desempeña (empleado público vinculado en un cargo de carrera administrativa) y, adicionalmente, dentro del mismo segmento de trabajadores, se otorga un trato desigual carente de justificación al permitir que quienes ingresen nuevamente (es decir, no por primera vez) puedan elegir libremente entre los dos regímenes pensionales previstos en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, el interviniente señala que carece de toda validez que se vulnere el derecho a la igualdad por medio de las mencionadas discriminaciones, por cuanto "no tienen un carácter positivo o afirmativo, toda vez que no resulta legítimo en un régimen democrático imponer cargas que impidan materialmente a los individuos expresar y ejercer efectivamente sus más íntimas convicciones filosóficas en matera económica, más aun cuando los efectos del trato desigual se proyectan sobre el conjunto de la familia. (…) De la misma manera, se vulnera el principio de libertad, cuyo resultado es mas grosero e inexcusable, como quiera que cercenar el derecho a elegir el régimen pensional, constituye la implantación de un sistema totalitario para un segmento de trabajadores, imponiéndosele sobre sus convicciones filosóficas, económicas y ocupacionales, algo totalmente ilegitimo en una democracia liberal"

Con el propósito de ejemplarizar la vulneración del principio de libertad y, por ende, de la filosofía misma del régimen democrático, afirma que: "(…) la disposición censurada sería tanto como imponer a los servidores del Estado la obligación de manejar sus ahorros en un banco público porque el mismo es del Estado y éste requiere sostenerlo, o que para fortalecer una empresa de telecomunicaciones se les obligara a cursar todas sus llamadas a través de aquella, o que para apoyar la viabilidad de una empresa pública de transporte únicamente aquellos pudieran viajar por la empresa aérea del sector público. Eso, claramente, es ilegítimo, antidemocrático y ajeno al interés tanto general como individual".

Adicionalmente, sostiene que la norma jamás resulta proporcional, si se tiene en cuenta que la finalidad de la misma es transmutar un recurso parafiscal en un impuesto. Y, ello ocurre, toda vez que mediante la obligación de vincularse al ISS o permanecer vinculado al mismo,

los sujetos concernidos por el sólo hecho de tener una determinada calidad, se les grava su salario con una tasa destinada al pago de las pensiones de las personas que estuvieron o están afiliadas al Instituto de Seguros Sociales.

Por último, el interviniente manifiesta que la jurisprudencia constitucional ha admitido eventualmente las afiliaciones obligatorias en materia laboral, como sucedió en el caso de la administración de las cesantías de algunos funcionarios públicos a través del Fondo Nacional del Ahorro, pero no sólo bajo la condición de procurar un beneficio para la comunidad en términos del principio del solidaridad, sino también en la medida en que el afiliado adquiera por virtud de dicha restricción claros beneficios económicos (Sentencia C-625 de 1998). En este caso, manifiesta el interviniente, "resulta por demás evidente que el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS luego de la reforma contenida en la Ley 797 de 2003 no resulta más ventajoso financieramente que el régimen de ahorro individual, pues, ésta última ley aumentó drásticamente el número de semanas y redujo en igual medida el monto de las pensiones de los afiliados al primero".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El representante del Ministerio Público solicitó la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada, o su exequibilidad condicionada, con base en las siguientes consideraciones:

En torno al cargo por violación del principio de igualdad, el agente del Ministerio Público solicita a esta Corporación declararse inhibida, pues es claro que no existe en la demanda un patrón de comparación que permita descubrir la existencia de un trato desigual por el sólo hecho de impedir a los funcionarios públicos reseñados en la disposición acusada, trasladarse entre los dos regímenes pensionales creados por el legislador. En su opinión, "en el caso en estudio, era necesario que el actor refiriese, a partir de los dos regímenes de pensiones: el de prima media con prestación definida -artículo 31 de la Ley 100 de 1993- y el de ahorro individual con solidaridad – artículo 59 de la ley 100 de 1993 – cómo la imposición normativa de permanecer por tres años a partir de la promulgación de la norma en el primero de los citados regímenes, afecta a los servidores públicos de carrera que ya se encontraban vinculados a dicho régimen por ser menos beneficioso que el régimen de ahorro individual".

Igualmente, se manifiesta que la necesidad de fortalecer a las entidades públicas que

amparan el régimen pensional, es una exigencia constitucional indiscutible, pero, en virtud de la regulación legal que permite concurrir a particulares y entidades públicas en la prestación del servicio de seguridad social, es claro que tal fortalecimiento debe darse como consecuencia de las políticas de competitividad y no del uso de instrumentos legales carentes de elementos justificadores, porque ello puede interpretarse como un abuso de la posición dominante del Estado que desconocería los postulados de la libre competencia previstos en el artículo 333 de la Constitución.

En su opinión: "Al privarse al trabajador que ingresa por primera vez al sector publico en cargos de carrera de su posibilidad de escoger el régimen pensional que considere más beneficioso, así sea de manera transitoria, se le discrimina frente al trabajador privado, pues siendo como es la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones de carácter obligatorio para todos los trabajadores y empleadores, no encuentra el Ministerio Público elementos de razón suficiente para que con ocasión de la relación laboral se hagan imposiciones en materia de afiliación y sujeción a un régimen basados únicamente en el carácter que ostenta el empleador, máxime cuando los beneficios derivados del sistema de pensiones son recibidos por el trabajador".

En este orden de ideas, el agente del Ministerio Público solicita la declaratoria de inexequibilidad de la norma, o en todo caso, de su exequibilidad en forma condicionada, en el sentido de excluir de la aplicación de la norma a quienes se vinculen por primera vez al sector público en cargos de carrera, si previamente se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del precepto normativo acusado previsto en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, ya que se trata de una disposición contenida en una ley de la República.

Problemas jurídicos.

2. Con fundamento en los argumentos esgrimidos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, corresponde a esta Corporación establecer si se desconoce o no el derecho constitucional a la igualdad, cuando se establece en la disposición acusada que dentro de los tres (3) años siguientes a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, los servidores públicos en carrera administrativa, afiliados para efectos pensionales al régimen de prima media con prestación definida, tienen la obligación de permanecer en el citado régimen mientras conserven dicha calidad.

De igual manera, es indispensable determinar si se desconoce o no el citado derecho constitucional, en la medida en que la norma demandada dispone la afiliación obligatoria al régimen de prima media con prestación definida, para quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera administrativa.

3. Para el efecto la Sala (i) realizará unas breves consideraciones sobre los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social Integral y, concretamente, el Sistema General de Pensiones, y con posterioridad; (ii) se detendrá en el análisis y estudio de la disposición demandada con sujeción a las reglas que regulan el test de igualdad.

Del sistema de Seguridad Social Integral y, en concreto, del Sistema General de Pensiones.

4. Los artículos 48, 53 y 365 de la Constitución Política, reconocen a la seguridad social como un servicio público y, a su vez, como un derecho constitucional.

5. Se ha entendido que una actividad económica se convierte en un servicio público, cuando se dirige "(…) a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o de simples personas privadas…"2. Desde esta perspectiva, la seguridad social admite dicha categorización constitucional, por cuanto pretende la satisfacción de necesidades de carácter general, consistentes en amparar a toda la población colombiana, sin discriminación de ninguna naturaleza, durante todas las etapas de su vida, contra los riesgos o contingencias que menoscaben sus derechos a la integridad, salud, dignidad humana y mínimo vital, circunstancias frente a las cuales, se requiere de una prestación o cobertura continua y obligatoria, en aras de hacer efectivos los mandatos superiores previstos en el Texto Constitucional (preámbulo y artículos 1°, 2° y 5° de la Carta fundamental).

Esto significa que la seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.

6. En ciertos casos, la ley igualmente ha reconocido que la seguridad social se convierte en un servicio público esencial, por virtud del cual debe garantizarse su prestación de forma permanente y continua, con el propósito de lograr el desarrollo de una vida plena y satisfactoria en sociedad (C.P. art. 56)

Básicamente, el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, establece que el citado servicio es esencial en todo lo relacionado con el sistema general de salud y, en materia pensional, solamente en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

7. De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional3, es considerado como un derecho prestacional y programático, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada prestación, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor4, y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectividad realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.

Es entonces comprensible, razonable y coherente que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer término, del calculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, etc, y en segundo término, del subsidio implícito del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social (C.P. art. 48).

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que: “(…) en principio los derechos de

contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (…)"5.

Sin embargo, aún a pesar de su contenido prestacional y programático, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la seguridad social, aunque no es en sí mismo un derecho fundamental, debe ser considerado como tal, cuando su perturbación ponga en peligro o vulnere el derecho a la vida, a la integridad personal u otros derechos fundamentales de las personas6.

8. Siendo entonces la seguridad social no sólo un servicio público (obligatorio y, en algunas ocasiones, esencial), sino también un derecho prestacional y programático; la Constitución le otorga su dirección, coordinación y control al Estado, bajo la obligación de garantizar su prestación de manera concurrente entre las entidades públicas y los particulares, éstos últimos a través del ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada (C.P. arts. 48 y 333).

Ahora bien, la existencia de dicha concurrencia u oposición en su prestación, tiene como objetivo asegurar la calidad, idoneidad y eficiencia del servicio y, a su vez, garantizar el acceso a las mismas prestaciones, pero bajo distintas condiciones, requisitos y términos que hagan efectivo el derecho a la libre elección del usuario o afiliado, como emanación de los derechos a la libertad, identidad personal y libre competencia, en los términos previstos en la Constitución y la ley.

9. Sin embargo, esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta. De suerte que, el legislador en virtud de la libertad de configuración puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos

modelos, y el hecho de optar en una reforma legal por un modelo distinto, no implica per se la existencia de una disposición inconstitucional.

En lo pertinente, el citado artículo 48 establece que: “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. (…) La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley (…)”. Y, con posterioridad, reitera el artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. (…) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá su regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (…)”7.

En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social8, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces.

Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C.P. art. 48).

10. Según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia,

en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo.

Por último, el principio de eficiencia cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.

11. Con fundamento en los anteriores principios y en aras de permitir la concurrencia en la prestación del servicio público de la seguridad social en materia pensional (C.P. arts. 48 y 365), el legislador creó y estructuró dos regímenes pensionales con características particulares y autónomas, independientemente de la existencia de regímenes especiales por expresa disposición constitucional o legal9.

12. Por una parte, el régimen solidario de prima media con prestación definida, cuya característica esencial consiste en la realización aportes para la obtención de una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, previamente definidas en la ley, a favor de sus afiliados o beneficiarios, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan con los requisitos legales, tales como: edad, número de semanas cotizadas y períodos de fidelidad. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar una prestación indemnizatoria (también llamada: indemnización sustitutiva).

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, así como, los gastos de administración y la constitución de reservas para asegurar el pago de futuros acreedores pensionales.

Su administración se encuentra a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), quien a través del Estado garantiza el pago de los beneficios pensionales a que puedan tener derechos los afiliados y beneficiarios. Sin embargo, es posible que transitoriamente sea administrado por cajas, fondos o entidades del sector público o privado, en virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

13. El manejo técnico-financiero del régimen solidario de prima media con prestación definida, se encuentra sujeto al denominado: cálculo actuarial. Este consiste en proyectar la suficiencia material de los recursos presentes, cotizaciones futuras y de sus posibles rendimientos, para asegurar el pago de los beneficios pensionales a quienes puedan llegar a tener dichos derechos, en todos los casos previstos en la ley.

Dicho cálculo actuarial depende no sólo de la alteración del monto de las cotizaciones, sino también -entre otros- de la existencia de: (i) períodos de fidelidad, como cuando se exige haber cotizado un determinado porcentaje de tiempo para tener derecho a un beneficio

pensional; (ii) períodos de carencia, es decir, permanecer durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, en un régimen pensional concreto, sin hacer uso del derecho de traslado; (iii) tasas de cotización, o en otras palabras, porcentajes mínimos que deben excluirse de los ingresos bases de cotización, en aras de contribuir al financiamiento del sistema integral de seguridad social en pensiones; y en últimas, (iv) aumentos de edades, semanas de cotización o de otras expectativas legítimas para adquirir los beneficios pensionales.

El movimiento de cualesquiera de dichas variables tiene como resultado alterar el cálculo actuarial y, por ende, asegurar en un futuro el compromiso del Estado para con sus potenciales pensionados.

En todo caso, cuando la deficiencia financiera del sistema impide su sostenibilidad, es el Estado el llamado a través subsidios implícitos a asegurar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legalmente reconocidas (C.P. art. 53)10. Para poder cumplir con dicho compromiso, se pueden adoptar medidas sobre el mismo sistema pensional, por ejemplo, racionalizando los beneficios pensionales, o en su lugar, alterando la composición del presupuesto general de la Nación, bien sea reduciendo otros gastos del sector público, o eventualmente, aumentado el endeudamiento fiscal.

Con todo, la alteración de las variables que componen el cálculo actuarial resultan menos lesivas que la adopción de medidas sobre el alcance de los beneficios pensionales o en relación con la composición del presupuesto. A este respecto, no cabe duda que la existencia de períodos de carencia o de fidelidad son menos gravosos que recurrir a la reducción del número de mesadas anuales a que tendrían derecho los futuros pensionados. En idéntico sentido, resulta potencialmente más nocivo (en términos de pérdidas de ingresos para el futuro pensionado) disminuir los porcentajes para el cálculo del ingreso base de liquidación que aumentar las semanas de cotización.

La misma regla puede comprobarse cuando se pretende sostener la viabilidad financiera del régimen de prima media, a través de la alteración de la composición del presupuesto. En primer lugar, por cuanto la reducción de otros gastos del sector público, eventualmente puede resultar lesiva del gasto público social en otras áreas del Estado (educación, vivienda, salud, etc.), aunado a la existencia de gastos inflexibles por obligaciones constitucionales y

derechos adquiridos11. En segundo término, por cuanto medidas de endeudamiento público, contribuyen a largo plazo a la insostenibilidad financiera de la Nación. Y, finalmente, porque la única vía potencialmente libre para poder suplir dicha deficiencia financiera, sería agotar una nueva modificación tributaria, con efectos potencialmente dañinos de los ingresos personales de los contribuyentes y, a su vez, para la sostenibilidad de una política coherente de incentivo a la inversión privada.

14. Visto lo anterior, es posible concluir que la adopción de medidas legislativas sobre las variables que componen el cálculo actuarial del sistema pensional en el régimen solidario de prima media con prestación definida, no pueden ser analizadas desde una posición aislada o descontextualizada del sistema al cual pertenecen, por cuanto se presume que corresponden a un juicio político, económico y financiero, razonable y proporcional, de las distintas hipótesis o constantes macroeconómicas que pueden afectar el futuro cumplimiento de obligaciones pensionales del Estado.

Por ello esta Corporación al reconocer la diversidad de grados en el ejercicio del control de constitucionalidad de materias atenientes al ejercicio de actividades y libertades económicas, ha insistido que cuando una regulación se relacione con el ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía, que no afecten derechos constitucionales fundamentales (C.P. art. 334), el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta. Así, la Corte lo ha señalado, en los siguientes términos:

"(…) La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma (…)" (Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

15. A la par del régimen solidario de prima media con prestación definida, el legislador creó, reguló y desarrolló el denominado régimen de ahorro individual con solidaridad. En esencia, se trata de un régimen cuya administración se otorgó a los particulares a través de la

creación de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y/o Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (A.F.P.), debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

En este régimen, los afiliados acumulan en una cuenta individual las cotizaciones obligatorias y voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado – si a ellos hubiere lugar12 -, en aras de garantizar el acceso a una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a favor de sus afiliados o beneficiarios, cuando el monto acumulado de capital y sus correspondientes rendimientos, permitan proceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar la devolución de sus aportes o saldos.

Las cotizaciones de los afiliados y sus rendimientos constituyen una cuenta individual de naturaleza privada, que es administrada por la entidad que designe o escoja libremente el trabajador, en desarrollo de un mercado de libre competencia. Desde esta perspectiva, los afiliados pueden seleccionar y trasladarse libremente entre entidades administradoras y optar por la aseguradora con quien contratar las rentas y pensiones.

Es pertinente destacar que del monto total de las cotizaciones, un porcentaje se capitaliza en las cuentas individuales y el resto se destina al pago de primas de seguros de invalidez y muerte, así como a cubrir los costos de administración del fondo. Adicionalmente, en aras de garantizar la rentabilidad de este régimen, el conjunto de cuentas individuales constituye un "fondo de pensiones" como patrimonio autónomo e independiente del de las sociedades administradoras Sobre dicho fondo, las entidades administradoras garantizan una rentabilidad mínima, la cual se distribuye entre las cuentas individuales, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período (Ley 100 de 1993, artículo 101).

A pesar de la diversidad en el manejo de los recursos y de las características particulares y disímiles de cada régimen, al igual que sucede en el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el Estado asume el papel de garante, en desarrollo del artículo 48 del Texto Superior. En esos términos, la ley

dispone que el Estado tiene la obligación de asegurar el monto de los ahorros y el pago de las pensiones por intermedio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFÍN). Al respecto, el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, dispone que:

"ARTICULO 99. Garantías. Las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías, para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.

Las administradoras deberán contar con la garantía del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional, en caso de disolución o liquidación de la respectiva administradora, sin sobrepasar respecto de cada afiliado el ciento por ciento (100 %) de lo correspondiente a cotizaciones obligatorias, incluidos sus respectivos intereses y rendimientos, y de 150 salarios mínimos legales mensuales correspondientes a cotizaciones voluntarias. Las garantías en ningún caso podrán ser inferiores a las establecidas por la Superintendencia Bancaria para las instituciones del régimen financiero".

La imposición de la citada obligación, corresponde a un claro desarrollo del modelo de Estado Social de Derecho, en el cual materias como la seguridad social se encuentran a cargo del Estado, por tratarse de un servicio público obligatorio y, a su vez, de un derecho constitucional irrenunciable. Por ello, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación13, la seguridad social en sus distintos componentes, admite la intervención del Estado, en aras de asegurar su adecuada y eficiente prestación y, además, con el propósito inflexible de velar por el cumplimiento cabal e idóneo de las obligaciones que surgen para con sus afiliados y beneficiarios.

16. Con fundamento en lo anterior, en materia de seguridad social, la Corte ha venido señalando que su prestación se lleva a cabo a través de las reglas de un mercado sujeto a la libre competencia, por virtud del cual sus distintos prestadores, se encuentran en un plano de igualdad de condiciones (es decir, tanto aquellos que administran los recursos del fondo común a través del régimen solidario de prima media con prestación definida, como aquellos otros que administran los fondos de pensiones del sistema de ahorro individual con solidaridad). No obstante, esta Corporación igualmente ha establecido que el derecho a la

libre competencia en dicho sector, no es absoluto, por cuanto tiene sus límites en los principios que rigen el servicio público de la seguridad social14. En sus propias palabras, la Corte expresó que: "(…) los principios de libre competencia y libertad de empresa deben armonizarse con las especiales potestades de intervención que tiene el Estado y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, en especial el de seguridad social"15.

En este punto adquiere relevancia lo esgrimido anteriormente (fundamento No. 14), en relación con el grado de control que debe desarrollar esta Corporación al momento de pronunciarse en torno a una disposición acusada que corresponde al ejercicio de la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía. En estos casos, según se dijo, el juez constitucional debe respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta.

La efectividad de dicho juicio de inexequibilidad exige que el juez constitucional pondere con sumo cuidado la tensión existente entre el interés privado y la prevalencia del interés general, con el propósito de hacer compatibles ambas modalidades de bienestar, sobre la base de la preponderancia del interés colectivo, pero sin llegar a desconocer el núcleo esencial de las garantías individuales. Al respecto, la Corte ha afirmado que:

"Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo. Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y

razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo"16.

Con fundamento en la citada providencia, la Corte recientemente concluyó que las tensiones que se presentan entre las libertades económicas y el principio de primacía del interés general; pueden conducir a la limitación sobre dichas libertades (tales como, la libre competencia económica, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, etc), siempre y cuando (i) se lleven a cabo por ministerio de la ley (C.P. art. 334); (ii) respeten el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación; (iii) obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución y, finalmente; (iv) respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad17.

17. Los anteriores requisitos fueron reconocidos por la Corte Constitucional, cuando en sentencia C-625 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), declaró exequible la norma que le impone a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, afiliarse obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de delegar la administración y control de sus cesantías18.

En dicho caso, la Corte admitió la existencia de afiliaciones obligatorias en materia laboral, pero bajo la condición no sólo de procurar un beneficio para la comunidad en términos del principio del solidaridad, sino también en la medida en que el afiliado adquiera por virtud de dicha limitación un claro beneficio económico. Al respecto, esta Corporación manifestó que:

"En opinión de la Corte, sobre la obligatoriedad de afiliación al Fondo, en principio, se diría que podría violar el derecho a una clase de trabajadores de elegir en forma voluntaria, en qué fondo quieren que sus empleadores les depositen, cada año, sus cesantías. Y si éstas, obligatoriamente, deben estar en el Fondo, en donde su rentabilidad es menor que la que ofrecen los fondos privados, la desmejora es evidente. (…)

Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le administre sus cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo

adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados (…)"19.

18. Teniendo en cuenta estas consideraciones, procederá la Corte a estudiar la constitucional de la expresión acusada prevista en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003.

De la interrelación de los citados instrumentos en el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada20.

19. Según el actor, la citada disposición resulta contraria al Texto Superior, por desconocer el derecho a la libre elección del afiliado en relación con los regímenes existentes de seguridad social en pensiones y, por contera, vulnerar el derecho a la igualdad, al establecer un trato desigual entre los servidores públicos y los trabajadores particulares.

Por su parte, algunos de los intervinientes consideran que la norma acusada es inexequible, porque limita sin justa causa el derecho a la libre elección de los usuarios y, por ende, vulnera sus derechos a la igualdad y a la libre competencia, tornando en arbitrario y totalitario el régimen pensional, con el único propósito de salvaguardar los recursos ineficientemente administrados por el Seguro Social. De suerte que, en opinión de éstos, la capitalización del régimen solidario de prima media con prestación definida, debe llevarse a cabo bajo las reglas de la libre competencia y no a través de la imposición legal.

Otros intervinientes estiman que la disposición demandada no vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto la diferenciación legal que se establece corresponde a un objetivo constitucionalmente válido, consistente en evitar la imposibilidad del pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones de los futuros acreedores pensionales. Además, el criterio de distinción, es razonable y proporcional, apelando a que los funcionarios públicos de carrera, al gozar de una mayor estabilidad laboral, pueden colaborar efectivamente en aras de ajustar las deficiencias de capital del régimen de prima media. Por otra parte, consideran que el derecho a la libre competencia puede ser objeto de limitación, cuando se pretende salvaguardar el contenido normativo de los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad en el acceso a las beneficios pensionales propios de la seguridad social.

Por último, el agente del Ministerio Público manifiesta que la necesidad de fortalecer a las entidades públicas que amparan el régimen pensional, es una exigencia constitucional indiscutible, pero, en virtud de la regulación legal que permite concurrir a particulares y entidades públicas en la prestación del servicio de seguridad social, es claro que tal fortalecimiento debe darse como consecuencia de las políticas de competitividad y no del uso de instrumentos legales carentes de elementos justificadores, porque ello puede interpretarse como un abuso de la posición dominante del Estado que desconocería los postulados de la libre competencia previstos en el artículo 333 de la Constitución. Por ello, solicita que la disposición demandada sea declarada inexequible, o en todo caso, exequible en forma condicionada, en el sentido de excluir de la aplicación de la norma a quienes se vinculen por primera vez al sector público en cargos de carrera, si previamente se encontraban afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad.

20. Con fundamento en los argumentos expuestos en los numerales 4 a 17 de la presente decisión, esta Corporación considera que no le asiste razón al demandante, por las siguientes consideraciones:

21. En cuanto al derecho a la igualdad, en la medida en que las limitaciones establecidas en la norma acusada, resultan razonables y proporcionales, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, según se demostrará, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en capitalizar el fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, con la finalidad de evitar el deterioro de los recursos públicos y, a su vez, lograr que en los años venideros el sistema de seguridad social integral sea capaz de autofinanciarse.

Para cumplir con dicho propósito, la norma acusada estableció, por una parte, un período de carencia o período mínimo de permanencia, conforme al cual durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, los afiliados o cotizantes a un determinado régimen pensional, no pueden hacer uso del derecho de traslado. En este caso, la permanencia obligatoria se estableció por el término de tres años en el régimen solidario de prima media con prestación definida, para los servidores públicos en cargos de carrera administrativa que se encuentren afiliados a dicho régimen al momento de entrar en vigencia la Ley 797 de 2003. Y, por la otra, dispuso la obligación de afiliarse forzosamente al mismo régimen y por idéntico espacio de tiempo, frente a las personas que ingresen por primera vez al sector

público en cargos de carrera.

A juicio de esta Corporación, en principio, las citadas limitantes no vulneran el derecho a la igualdad en torno a la libre elección que tanto los particulares como el resto de servidores públicos del Estado tienen en relación con el régimen pensional de su preferencia, con fundamento en las siguientes consideraciones.

22. Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites especiales para los servidores públicos en relación con la generalidad de los trabajadores. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible, el cual como se demostrará, en este caso, consiste en la necesidad de preservar los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia en la prestación del servicio público de la seguridad social.

23. Inicialmente es pertinente recordar que el propósito de la Ley 797 de 2003, es mejorar la caótica situación económica en la cual se encuentra el régimen solidario de prima media con prestación definida. En efecto, el cálculo actuarial de las sumas que se requieren por parte del Seguro Social para cumplir con sus obligaciones constitucionales de pagar oportunamente y de reajustar periódicamente las pensiones legales (C.P. art. 53), demuestran una insuficiencia material de las reservas de capital, que impiden garantizar en un futuro el estricto cumplimiento de dichas obligaciones a sus pensionados. De suerte que, la necesidad de adoptar medidas con el propósito de aliviar las cargas del sistema pensional, sin aumentar la crisis fiscal mediante subsidios implícitos resultantes del endeudamiento público y/o de la reducción de otros gastos importantes del Estado, entre ellos, algunos con incidencia directa en beneficio de la comunidad, eran inaplazables.

Los estudios económicos demostraban que de continuar aplicándose la Ley 100 de 1993, sin realizar los ajustes fiscales del caso, el Estado tendría que subsidiar con sus propios recursos

el 39% de las pensiones de los hombres y el 48% de las mujeres. En la actualidad, con la reforma de la Ley 797 de 2003, a partir de la adopción de medidas sobre las variables que componen el cálculo actuarial, y modificando en menor medida los beneficios pensionales y la composición del presupuesto, el porcentaje que debe subsidiar el Estado se redujo drásticamente en un 1% en caso de los hombres y en un 15% en tratándose de mujeres. El presente gráfico aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, refleja dicha realidad económica:

Bajo esta circunstancia, es evidente que el objetivo perseguido con el señalamiento de un período de carencia y, además, con el establecimiento de la afiliación obligatoria para algunos servidores públicos en el régimen solidario de prima media con prestación definida, consiste en capitalizar el fondo común de dicho régimen, con la finalidad de evitar el deterioro de los recursos públicos y, a su vez, lograr que en los años venideros el sistema sea capaz de autofinanciarse.

24. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, como manifestación del principio de universalidad en la prestación de los servicios públicos. Además, la disposición acusada permite preservar el principio de eficiencia, en la medida en que salvaguarda la estabilidad financiera del régimen pensional de prima media con prestación definida.

25. Así mismo, el objetivo de la norma se adecua a un fin constitucional válido, al asegurar mediante la estabilidad temporal de un determinado monto de cotizaciones, los recursos necesarios para cumplir las obligaciones prestacionales con los actuales pensionados y con quienes lleguen a acreditar los requisitos legales para acceder a dichos beneficios. A juicio de esta Corporación, en términos constitucionales, es perfectamente adecuado que el Estado encuentre fuentes de ingresos que le permitan capitalizar las reservas del fondo común del régimen de prima media, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales establecidas en el artículo 53 del Texto Superior, a saber: “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

En idéntico sentido, esta Corporación al declarar exequible recientemente una disposición

que establece un período de carencia diferencial entre el Seguro Social y las Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.), manifestó que:

"(…) el término diferencial establecido en la norma impugnada tiene una finalidad específica: proteger al ente estatal, la cual resulta ser legítima a la luz de los postulados constitucionales. En efecto, el término mínimo de permanencia de dos años para el usuario le otorga mayores beneficios económicos al Estado, al contar con plazos mas largos a efectos de realizar inversiones en beneficio de la comunidad y ello le da una mejor estabilidad financiera que en últimas conlleva a una mejor prestación del servicio, con lo cual el interés público resulta garantizado. Ese interés público que se encuentra de por medio es relevante para el juez constitucional al momento de realizar la confrontación frente a los preceptos de la Carta Política puesto que la libertad de empresa y la libertad económica deben ceder al interés general (…)"21

26. La necesidad de dicha medida, evaluada a partir de la inexistencia de otro mecanismo legal menos oneroso, se supera en cuanto se reconoce (véase, fundamento No. 13 de esta providencia), que la modificación o alteración de las variables que componen el cálculo actuarial para corregir las deficiencias del sistema pensional, tales como, la imposición de períodos de fidelidad o de carencia, o la variación en las tasas de cotización, en las semanas o en las edades, o en otras expectativas legítimas para acceder a los beneficios pensionales; resultan menos gravosas que modificar el contenido de dichos beneficios (por ejemplo, reducir el número de mesadas pensionales al año) y/o variar la composición del presupuesto, con las consecuencias que ello puede generar en términos de inversión social.

Adicionalmente, el establecimiento de períodos de carencia o la imposición de una afiliación obligatoria de carácter temporal, dentro de las distintas variables que componen el cálculo actuarial, son las que resultan menos onerosas. Por una parte, por cuanto no proyectan en el tiempo la expectativa de acceder a una pensión, como sucedería si se amplían las edades o las semanas de cotización, o si se establecieran períodos de fidelidad como exigencias adicionales a los requisitos tradicionales para obtener los beneficios pensionales. Y, por la otra, porque en términos económicos no implican una afectación del ingreso personal disponible del cotizante o afiliado, como podría ocurrir si se aumentan las tasas de cotización.

Precisamente, en la ponencia para primer debate de la Ley 797 de 2003, se sostuvo al interior del Congreso de la República, que:

"Para los autores el otro punto de fortalecimiento es el régimen de prima media incluido y que contempla que todos los servidores públicos que no estén en fondos especiales, obligatoriamente entran al Seguro Social y no a los fondos privados de pensiones. Con este fortalecimiento no se necesita subir edades pensionales, ni semanas de cotización, ni aportes para pensiones"22.

Visto lo anterior, sin lugar a dudas, las medidas impuestas en la norma acusada son las que menor impacto producen sobre la economía y, principalmente, sobre los ingresos y expectativas de los cotizantes o afiliados.

27. Finalmente, el requisito de la proporcionalidad en sí misma considerado23, se acredita a través de la observancia de dos supuestos.

En primer lugar, en la medida en que la disposición demandada permite preservar el contenido constitucional del principio de solidaridad, al exigir el sacrificio temporal de una parte de la sociedad, a favor del cúmulo de personas y familias que indirectamente resultan beneficiadas con la conservación del sistema. Ahora bien, la escogencia de los servidores públicos en cargos de carrera administrativa frente al resto de la generalidad de los trabajadores, tiene como soporte la estabilidad laboral de los primeros, por virtud de la cual pueden contribuir efectivamente a la salvación del régimen de prima media con prestación definida y, por contera, preservar el pago oportuno y el reajuste periódico de los beneficios prestacionales, como obligaciones constitucionales intransferibles e innegociables del Estado (C.P. art. 53).

En segundo término, porque la limitación impuesta en la norma acusada, dada su naturaleza eminentemente temporal, no sacrifica el núcleo esencial ni de las libertades económicas de las Administradoras de Fondos de Pensiones (A.F.P.), ni del derecho a la libre elección de los usuarios o afiliados.

28. Esta Corporación ha reconocido que no existe un sacrificio en el núcleo esencial de las libertades económicas, tales como, la libertad de empresa y la libre competencia, cuando a pesar de limitarse las reglas que gobiernan el acceso a una sana concurrencia u oposición, la

medida que adopta el legislador (C.P. art. 333 y 334), tiene como propósito salvaguardar la estabilidad de un principio o fin constitucional y, además, resulta proporcional y razonable24.

Según se vio, la razonabilidad de la limitación impuesta en la norma acusada, responde a la exigencia superior de preservar la estabilidad de un régimen pensional, en aras de asegurar el pago oportuno y al reajuste periódico de los beneficios pensionales, como derechos constitucionales obligatorios e irrenunciables (C.P. art. 53). Dicha limitación, como se ha expuesto, tiene como finalidad preservar el contenido constitucional de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia, en la prestación del servicio público de la seguridad social en materia pensional (C.P. art. 48). Y, su proporcionalidad, se explica en cuanto la norma no está excluyendo a los particulares de la posibilidad de concurrir en la prestación del servicio público, sino que, por el contrario, tan sólo se circunscribe en señalar algunas limitantes con el propósito de hacer efectivo el mandato constitucional de intervención estatal en la economía y en los servicios públicos (C.P. art 334 y 365), en atención a la exigencia inaplazable de velar por la prevalencia del interés general25.

Sin embargo, la validez constitucional de dicha estrategia económica con innegables efectos jurídicos, en principio no puede conducir al señalamiento de términos desproporcionados, los cuales, aun cuando se ajusten a una finalidad o principio previsto en la Constitución, se exterioricen objetivamente idóneos para eliminar en su totalidad a la competencia y, por ende, permitan al Estado -de facto- reservarse la prestación de una determinada actividad económica o servicio público. En estos casos, la validez constitucional de una medida adoptada en dicho sentido, en virtud del ejercicio de la libertad de configuración normativa para diseñar el sistema de seguridad social (C.P. arts. 48 y 365), exige que el modelo monopólico de prestación de servicios públicos se adopte -necesariamente- a través del estricto cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 365 Superior, por virtud del cual se permite al Estado asegurarse legítimamente la prestación exclusiva y excluyente de una actividad económica libre, como lo es la seguridad social.

Al respecto, el citado artículo constitucional, determina que: "(…) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones

de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

29. A partir de lo expuesto, es claro que ni el derecho a la igualdad (en relación con los servidores públicos en cargos de carrera de administrativa), ni el núcleo esencial de las libertades económicas (en torno a las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad) resultan vulnerados con la disposición acusada, conforme a la cual, "Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso".

No obstante, es preciso recordar que mediante Sentencias C-625 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte manifestó que el derecho a la libre elección de los usuarios, cotizantes o afiliados, resulta vulnerado en su núcleo esencial cuando se obliga, impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, en aras de contribuir al logro de un principio o fin constitucional, sin que por ello se obtenga al menos un beneficio personal directo o mediato en quien debe soportar dicha carga.

Recuérdese como esta Corporación al declarar exequible la norma que le impone a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, afiliarse obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de delegar la administración y control de sus cesantías, sostuvo que:

"(…) En opinión de la Corte, sobre la obligatoriedad de afiliación al Fondo, en principio, se diría que podría violar el derecho a una clase de trabajadores de elegir en forma voluntaria, en qué fondo quieren que sus empleadores les depositen, cada año, sus cesantías. Y si éstas, obligatoriamente, deben estar en el Fondo, en donde su rentabilidad es menor que la que ofrecen los fondos privados, la desmejora es evidente. (…)

Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le

administre sus cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados (…)"26.

Recientemente, al declarar exequible la existencia de un período de carencia diferencial entre el Seguro Social y las Sociedades Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.), manifestó:

"(…) la norma tampoco le restringe a los empleadores su libertad para escoger a cuál entidad han de afiliarse para que sus trabajadores queden cubiertos por los riesgos profesionales que puedan generarse, pues no se les está obligando, imponiendo o señalando a cuál deben o no afiliarse, evento éste que de ocurrir sí desconocería su libertad de escogencia y atentaría contra el derecho a la igualdad (…)27 .

30. Bajo estas consideraciones, ténganse en cuenta que la segunda parte de la norma sub-judice, conforme a la cual, "Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso", presenta una duda seria en torno a su exequibilidad, a partir del precedente previamente reiterado y descrito por esta Corporación.

Sin embargo, en términos generales, como lo plantea el accionante, no puede considerarse que la norma desconoce el principio de igualdad y de proporcionalidad en las cargas públicas, por las siguientes razones:

En primer lugar, por cuanto el derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal28 y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador. En este orden de ideas, bien puede el Congreso diseñar un sistema de seguridad social a través un modelo distinto al actualmente vigente, por ejemplo,

exigiendo a todos los nuevos trabajadores públicos vinculados a carrera administrativa afiliarse al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin que por ello pueda predicarse per se su inconstitucionalidad. A este respecto, es pertinente recordar que aun cuando la libertad configuración del legislador es amplia en materia de seguridad social (véase, fundamento 9 de esta providencia), su ejercicio se encuentra sujeto a los principios, valores, fines y derechos previstos en la Constitución, principalmente, aquellos relacionados con la proporcionalidad de las cargas que deben asumir los ciudadanos (C.P. art 95) y la igualdad de trato que ellos merecen, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas así lo ameriten (C.P. art. 13). Por ello, el legislador no podría ni establecer condiciones disímiles de afiliación a sujetos puestos en un plano de igualdad (v.gr. a los trabajadores públicos vinculados en cargos de carrera administrativa dentro la rama ejecutiva del sector central), o someter a los afiliados a cargas de solidaridad que desborden el equilibrio natural entre los ciudadanos (v.gr. obligando a un sector de la población cotizante a un traslado obligatorio, el cual puede resultar lesivo de los intereses del afiliado, a partir de las legítimas expectativas generadas en la adopción previa de un sistema pensional).

En segundo término, porque la limitación al derecho a la libre elección de quienes ingresen por primera vez al sector público en cargos de carrera administrativa, conducen a la obtención de un beneficio directo y mediato para ellos, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de solidaridad, universalidad y eficiencia, pueden temporalmente conocer las ventajas y desventajas del régimen solidario de prima media con prestación definida y, además, acumular un capital pensional a partir del ingreso al mundo laboral. De manera que, si una vez vencido el período de permanencia obligatorio previsto en la ley, el afiliado decide trasladarse de régimen, tiene el conocimiento suficiente de las circunstancias que le faciliten avalar dicha decisión y un capital redimible -en un bono pensional o en una cuota parte- que le permita ir acumulando los recursos suficientes para obtener una pensión.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE las expresiones: “Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso”, previstas en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, por el cargo analizado.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en permiso debidamente autorizado por la Presidencia de la Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor ALVARO TAFUR GALVIS, no firma la presente sentencia por encontrarse en incapacidad médica debidamente certificada.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Subrayado por fuera del texto original.

2 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de agosto 18 de 1970. M.P. Eustorgio Sarria.

3 Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

4 Véase: Sentencia C-432 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

5 Sentencia SU- 819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

6 Véase, entre otras, las sentencias: T-395 de 1998, T-076 de 1999, T-321 de 1999 y T-101 de 2001.

7 Subrayado por fuera del texto original.

8 Véase: Sentencia C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

9 Tal es el caso del régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, de conformidad con los artículos 150, num., 19, lit. e), 217 y 218 de la Constitución Política.

10 Así mismo, lo establece el artículo 138 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos: "El Estado responderá por las obligaciones del Instituto de Seguros Sociales para con sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida, cuando los ingresos y las reservas de dicha entidad se agotasen, siempre que se hubiesen cobrado las cotizaciones en los términos de esta ley".

12 Dichos subsidios se reconocen a través de la figura pensional denominada "garantía de pensión mínima", por virtud de la cual, el Estado complementa lo que haga falta para obtener el derecho a una pensión, cuando la edad y las semanas cotizadas del afiliado, así lo permitan.

13 Véase, por ejemplo, la reciente sentencia C-516 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

14 Véase: Fundamentos 10 a 15 de esta providencia.

15 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño

16 Sentencia C-615 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 En aquella oportunidad, la norma acusada disponía que: "Artículo 5o. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional".

19 Sentencia C-625 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

20 El texto de la disposición acusada establece que: "Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso."

21 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

22 Subrayado por fuera del texto original. Véase: Gaceta del Congreso. Número 508 del viernes 15 de noviembre de 2002. Página 4.

23 En relación con este presupuesto del juicio de igualdad, en la sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte sostuvo que: " (...) [se trata de identificar] que el trato desigual no sacrifique valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato".

24 Véase: Fundamentos 19 y 20 de esta providencia.

25 Véase: Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26 Sentencia C-625 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. (Subrayado por fuera del texto original).

28 Véase: numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.