

## Sentencia C-687/17

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Inhibición para decidir por ineptitud sustantiva de demanda contra expresiones contenidas en normas sobre monto de cotizaciones, garantía de pensión mínima y excepción

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipología

Surgen seis tipos de sentencias según la combinación que se haga de ellas. Así es posible identificar en la práctica de este Tribunal sentencias que hacen: (1) tránsito a cosa juzgada formal absoluta, (2) relativa explícita y (3) relativa implícita, de una parte, y providencias que hacen (4) tránsito a cosa juzgada material absoluta, (5) relativa explícita y (6) relativa implícita. Ellas son el resultado de la forma en que se relacionan en cada caso el objeto de control y los cargos de inconstitucionalidad.

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

Los efectos se resaltan de la siguiente forma: (i) si la decisión previa fue de inexequibilidad y existe cosa juzgada formal la Corte deberá limitarse a estarse a lo resuelto; (ii) si la decisión previa fue de inexequibilidad y existe cosa juzgada material, la Corte deberá estarse a lo

resuelto y declarar nuevamente la inexecutable de la disposición por desconocimiento del artículo 243 de la Constitución; (iii) si la decisión previa fue de executable y existe cosa juzgada formal la Corte deberá limitarse en su pronunciamiento a estarse a lo resuelto; y (iv) si la decisión previa fue de executable y existe cosa juzgada material, las consideraciones de la sentencia se erigen en un precedente relevante que la Corte puede seguir, disponiendo estarse a lo resuelto y declarando executable la norma, o del que puede apartarse con el deber de exponer razones suficientes que puedan justificar una decisión de inexecutable”.

#### COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance de los eventos que debilitan sus efectos

Son tres las posibles razones que permitirían emprender un nuevo juzgamiento en lugar de estarse a lo resuelto. Ellas pueden ser denominadas, en su orden: (i) modificación del parámetro de control, (ii) cambio en la significación material de la Constitución y (iii) variación del contexto normativo del objeto de control.

#### COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración ante la concurrencia de dos requisitos

#### NO MENOSCABO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES-Jurisprudencia constitucional

#### PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Alcance

En lo que atañe a la teleología del principio de solidaridad dentro del sistema pensional resulta pertinente traer a colación la interpretación que hizo esta Corte en la sentencia C-078 de 2017 sobre este principio, al examinar la imposibilidad de cotizar por encima de los 25 smmlv establecida en el artículo 5 (parcial) de la Ley 797 de 2003 con el fin de obtener una mesada equivalente a dicho tope.

Expediente: D-11715

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 65 y 84 (parciales) de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” modificada por la Ley 797 de 2003.

Actor: Sergio Felipe Fernández Mesa

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Sergio Felipe Fernández Mesa, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6 y 241 de la Constitución Política, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Auto del 31 de octubre de 2016, el Magistrado sustanciador admitió la demanda y simultáneamente, en dicho proveído, decretó pruebas, las cuales una vez recaudadas, ordenó correr traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; se fijó en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma; se comunicó la iniciación del mismo al Presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta.

Asimismo invitó a participar en este proceso a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Asociación Colombiana de Actuarios, al Colegio de Abogados Laboralistas, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a la Asociación Colombiana de Administradoras de Pensiones y Cesantía – Asofondos, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, a la Federación de Aseguradores Colombianos – Fasecolda, y a la Cámara de Servicios Legales de la ANDI.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley

2067 de 1991, procede la Corte a resolver la demanda de la referencia.

#### A. TEXTO NORMATIVO DEMANDADO

Las normas con lo demandado en subrayas y negritas son las siguientes:

##### LEY 100 DE 1993

(Diciembre 23) Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

“ARTÍCULO 20. MONTO DE LAS COTIZACIONES. (Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003).

La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos

de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1o de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional.

La reducción en los costos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes deberá abonarse como un mayor valor en las cuentas de ahorro pensional de los trabajadores afiliados al régimen de ahorro individual o de las reservas en el ISS, según el caso.

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante.

En ningún caso en el régimen de prima media se podrán utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines distintos.

Para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes de los actuales y futuros afiliados al ISS, se podrá trasladar recursos de las reservas de pensión de vejez a las de invalidez y sobrevivientes.

El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de las cuentas separadas en el Instituto de Seguros Sociales y demás entidades administradoras de prima media, de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez para gastos administrativos u otros fines distintos a pagar pensiones.

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley.

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional. (...)”

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

“ARTÍCULO 84. EXCEPCIÓN A LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.”

## B. LA DEMANDA

El ciudadano demandante sostiene que la Constitución de 1991 en su artículo 48 creó el sistema de seguridad social integral, el cual fue desarrollado a través de la Ley 100 de 1993 que “tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Mediante el reconocimiento de las pensiones y

prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” Sentencia C-538 de 1996 MP. Antonio Barrera Carbonell.

. Así, la Ley 100 de 1993 consagra el régimen actual en materia de seguridad social estableciendo un sistema dual de pensiones: el RPM con prestación definida y el RAIS con tres diferentes modalidades de ahorro: i) renta vitalicia inmediata, ii) retiro programado y iii) retiro programado con renta vitalicia diferida.

Como bien lo explicó la Corte en la sentencia C-538 de 1996 en el RPM con prestación definida los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes y en caso de no poder acceder a ella, una indemnización sustitutiva previamente definida en la ley. “Este régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley, administrados por el Instituto de Seguridad Social” Sentencia C-538 de 1996, (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

- hoy Colpensiones-. Por su parte en el RAIS se incorporan y administran recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados. “Está basado en los recursos del ahorro, administrados en cuentas de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado”.

El ciudadano demandante aduce que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 establece una carga desproporcionada y excesiva en cabeza de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto que los cotizantes ante el cambio de reglas introducida con la reforma del 2003 vieron menoscabados sus derechos con la disminución de la base para consolidar su derecho pensional (CP. 53), es decir, que con dicha reforma se menguó la capacidad de ahorro de capital en la cuenta

individual para financiar su pensión de vejez, toda vez que del 16% del aporte se descuenta: (i) un 0.5% para los afiliados que tienen un ingreso mensual inferior a cuatro (4) Smmlv o (ii) un 1.5% para los que tengan ingresos iguales o superiores al anterior monto, los cuales son destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima – en adelante FGPM- y a las cuentas de ahorro pensional.

Indica que la imposición de la contribución para el FGPM desconoce el mandato de solidaridad pensional (CP.48) ya que no es retribuida al afiliado al tener rentas o ingresos en conjunto con sus beneficiarios o incluso cuando su pensión se descapitaliza en razón de la longevidad o la indexación, el acceso al fondo de GPM es negado injustificadamente, habiéndose financiado con los aportes del afiliado, constituyendo con ello una especie de enriquecimiento sin causa.

Adicionalmente manifiesta que con ello se altera la estructura del régimen de ahorro individual, el cual, precisamente consiste en que cada afiliado con su esfuerzo personal ahorra para su pensión, y no en beneficio de otros cotizantes, puesto que si ese fuera el propósito tendría la opción de trasladarse al régimen de prima media cuya estructura está inspirada precisamente en la solidaridad del fondo común. Este cambio introducido con la Ley 797 de 2003 vulnera el mandato constitucional de “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella” (CP.48).

Argumenta que la expresión “afiliado” contenida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 desconoce el mandato de trato igual entre iguales (CP.13) al negar a los “pensionados” acceder a los beneficios del FGPM, en la medida que estos últimos durante la afiliación hicieron aportes a la solidaridad, pero no pueden beneficiarse de la garantía de la pensión mínima –en adelante GPM- en los eventos en los que por superar la expectativa de vida con base en la cual se calculó la pensión o por la indexación anual, la cuenta queda sin recursos para seguir proporcionando el pago de una mesada mínima, vulnerando con ello además la garantía del mínimo vital. Menciona que el mecanismo de prevención ante el

desfinanciamiento de la cuenta individual no cumple con su propósito, toda vez que las aseguradoras no están ofertando el seguro de renta vitalicia o lo hacen a costos muy altos impidiendo la garantía de pago de una pensión mínima.

Aduce que la anterior situación no se puede ver de forma aislada, sino que se debe evaluar a la luz de la estructuración del sistema de seguridad social, y de las obligaciones a cargo del afiliado, toda vez que resulta incoherente que a pesar de que este último sujeto haya aportado durante toda su vida laboral parte de su cotización para la financiación de la GPM, se le impida injustificadamente gozar de dicha garantía cuando así lo requiera. Máxime cuando los ingresos del fondo son cada vez mayores en donde en un período de 7 años pasó de tener un valor de \$1.6 billones de pesos en el 2006 a \$14.4 billones de pesos en junio de 2016 Según la información reportada por las Administradoras de Pensiones a la Superintendencia Financiera, para el año 2015 el valor del FGPM era de \$13.4 billones de pesos y para junio de 2016 (última cifra disponible) el valor es de \$14.4 billones de pesos. El valor del Fondo de Garantía de Pensión Mínima es publicado mensualmente por la Superintendencia Financiera de Colombia. La información está en la sección de Fondos de Pensiones Obligatoria, para antes del 2015 se encuentra en los Estados Financieros - COLGAAP (cuenta 391000) y para 2015 en adelante en la Información Financiera con Fines de Supervisión NIIF (cuenta 3340230). Ver link:

#### HYPERLINK

"<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61153>"

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61153>.

a. Frente a la primera, para otorgar un beneficio personal tiene en consideración los ingresos

de toda la familia, pues ordena sumar las pensiones, rentas, y remuneraciones de los beneficiarios, determinando que en el evento que la sumatoria de estos conceptos supere el valor de un salario mínimo mensual le es negado el acceso al FGPM. A modo de ilustración indica que una trabajadora del servicio de aseo doméstico por días logra conseguir una renta inferior al mínimo legal y a su vez su esposo beneficiario obtiene ganancias menores al salario legal, en conjunto la pareja genera un ingreso total a penas superior al salario mínimo, lo cual impediría que la trabajadora tuviera acceso al mencionado fondo.

b. En lo que atañe a las “rentas y remuneraciones” explica que no existe un desarrollo legal o jurisprudencial que determine su significado. No obstante, el artículo 3 del Decreto 832 de 1996 dispone que el afiliado debe certificar que “los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima”. En esa medida, por rentas y remuneraciones se entendería cualquier otro ingreso, incluidos las pensiones. La posibilidad de sumar todos los ingresos familiares a parte de impedir el acceso a la GPM quebranta el carácter individual de este derecho, pues incluye dentro de los factores para limitar el ingreso a dicha garantía, las rentas o remuneraciones de personas diferentes al titular del derecho pensional, es así como el esfuerzo pensional que realizó el trabajador durante toda su vida y el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión pierden todo su valor, si terceros que tienen la condición de beneficiarios reciben ingresos que sumados superen el salario mínimo, y llevan a que el trabajador pierda su derecho pensional por cuenta de terceros.

Finalmente, efectúa un estudio sobre la inexistencia de cosa juzgada según la jurisprudencia constitucional respecto de los cargos elevados a pesar de que los artículos 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 ya fueron objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-538 de 1996 y el artículo 20 Ibíd en la sentencia C-408 de 1994 antes de la reforma de la Ley 797 de 2003 y por cargos diferentes a los señalados en la presente acción pública.

## INTERVENCIONES

## Intervenciones oficiales

### Ministerio de Hacienda – MHCP: inhibición/exequibilidad

Esta cartera mediante apoderado judicial indica que los cargos formulados en contra de los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 no cumplen con los requisitos exigidos por el Decreto 2067 de 1991 para poder emitir un pronunciamiento de fondo, con fundamento en las siguientes razones:

#### 1. Los cargos formulados carecen del requisito de certeza

Teniendo en cuenta la definición de certeza esbozada en la sentencia C-614 de 2009 “el examen de certeza del cargo está dirigido a averiguar si las razones por las que el demandante considera que la norma acusada es contraria a la Constitución surgen de la valoración directa de las disposiciones objeto de comparación, esto es, de si la hermenéutica de las normas confrontadas deriva de aquellas y no de la interpretación arbitraria o subjetiva del actor”.

, considera el apoderado del MHCP que los cargos formulados por el demandante no cumplen con este requisito como quiera que las razones de inconstitucionalidad recaen sobre una interpretación incorrecta y deducida erróneamente por el demandante y no sobre una proposición jurídica real y existente. Considera que el demandante presume dos consecuencias de los artículos demandados que no se derivan de los mismos: (i) que las rentas o remuneraciones del afiliado o los beneficiarios a los que se refiere el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, permiten la suma de los ingresos familiares como medida para determinar la posibilidad de ingreso a la Garantía de Pensión Mínima para el afiliado que ha

cumplido con los requisitos para acceder a una pensión, (ii) que existe una desprotección para los pensionados en la modalidad de ahorro programado ante la eventualidad de una descapitalización del ahorro en cuenta.

Cuando se pretende tachar de inconstitucional una norma, el demandante debe referirse estrictamente a lo dicho por el legislador, y no a sus interpretaciones, en este sentido, el demandante considera que existen barreras de acceso a la garantía de pensión mínima en dos sentidos: (i) por la suma de ingresos que a su juicio se permite para afiliados y beneficiarios; y (ii) por el riesgo de descapitalización de las cuentas individuales de los pensionados por retiro programado, que impidan a estos mantener una pensión por lo menos de salario mínimo, quienes no pueden acceder al FGPM. Sin embargo, dichas afirmaciones, sobre las cuales fundamenta sus cargos, son incorrectas.

Precisa que los artículos 65, 71 y 75 de la Ley 100 de 1993, consagran las denominadas garantías de pensión mínima de vejez, invalidez y sobrevivencia, siendo cada una de ellas diferentes en cuanto a su financiación y requisitos, por lo tanto se debe aclarar que la interpretación correcta del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, difiere completamente de lo considerado por el demandante, puesto que debe entenderse que la expresión “rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso” no puede ser entendida, como lo interpreta el demandante, como la suma de ingresos del afiliado y sus posibles beneficiarios para determinar la procedencia o no del acceso a la GPM para un afiliado que ha cumplido con los requisitos de acceso a la pensión pero cuyo ahorro es insuficiente, sino que, la norma en el contexto que corresponde hace alusión a los ingresos y rentas del afiliado exclusivamente para el caso de la pensión de vejez o invalidez, o de los beneficiarios únicamente para el caso de la pensión de sobrevivientes.

Lo mismo sucede con la aseveración en torno a la desprotección que a juicio del demandante sufren los pensionados en la modalidad de retiro programado, como quiera que desconoce el demandante que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.3.1 del Decreto 1833

de 2016, las AFP que reconozcan el pago de pensiones bajo la modalidad retiro programado, tienen la obligación de verificar permanentemente el saldo de la cuenta mientras que la pensión es pagada bajo tal modalidad. Igualmente, se exige que al momento en que el afiliado inicie el retiro programado, debe informar a la AFP con qué aseguradora deberá contratar una renta vitalicia en caso que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo la pensión bajo la modalidad retiro programado. En caso de que esto suceda, corresponde a la AFP la contratación de la respectiva póliza, e informar al afiliado la necesidad de continuar la pensión con la modalidad de renta vitalicia y las condiciones de la misma.

## 2. La demanda carece del requisito de pertinencia

Frente al requisito de pertinencia ha considerado la Corte Constitucional que “un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas” Sentencia C-540 de 2011. “En cuanto a la pertinencia, se indicó que tal requisito supone que el reproche formulado por el demandante deba ser estrictamente de naturaleza constitucional, es decir, basado en la apreciación del contenido de una norma superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. Bajo esa premisa, “son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”.

. En concreto señala que las consecuencias jurídicas que el demandante deriva de la norma demandada obedecen a consideraciones de tipo subjetivo; adicionalmente, a lo largo de la exposición de los cargos el accionante expone diversos ejemplos de suma de ingresos y rentas de afiliados y beneficiarios, y también expone los riesgos de desprotección que a su juicio enfrentan los pensionados, situaciones que son completamente ajenas a la realidad y que en nada brindan un reproche de carácter constitucional a los cargos propuestos por el demandante.

La alusión realizada por el demandante a la violación al principio de solidaridad pensional, por cuanto a su juicio el afiliado destina aportes a un fondo del que no podrá ser beneficiario una vez consolide su derecho pensional, también es ajena a la realidad, como quiera que lejos de constituir una violación a dicho mandato, en realidad representa una manifestación del mismo, tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siendo una herramienta que facilita el acceso a un beneficio pensional de las personas de menores recursos que no logran completar el capital necesario para financiar su pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Asimismo, el accionante equivocadamente indica que la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima es contraria al derecho a la igualdad al estar contemplada únicamente para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; desconociendo que la decantada jurisprudencia ha reconocido la existencia legítima y constitucional de diferencias entre los dos regímenes pensionales y los afiliados a cada uno de ellos. Por lo tanto, olvida el demandante que tal y como ha sido examinado por la Corte Constitucional, el legislador optó por diseñar el Sistema Pensional bajo un sistema dual, con dos regímenes esencialmente diferentes.

### 3. Oposición a los cargos formulados en contra de los artículos 20, 65 y 84 de la ley 100 de 1993

Por otro lado señala el representante del MHCP que las normas acusadas se ajustan a la Constitución por las siguientes razones:

a) El Aporte a la garantía de pensión mínima constituye un desarrollo de la solidaridad en pensiones, pues al contrario de lo que aduce el actor este principio no se ejerce única y

exclusivamente por el Estado, pues tal y como ha sido reiterado por esta, la solidaridad establecida como principio rector en la Constitución Política y desarrollado entre otros mediante los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, se hace extensivo a todos los ciudadanos que conforman el Estado, al respecto en sentencia C-237 de 1997, indicó que “el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”.

b) El aporte a la Garantía de Pensión Mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no es contrario al derecho a la igualdad, toda vez que la Corte ha encontrado ajustado a la Carta la coexistencia de los dos regímenes pensionales y la libertad de cada afiliado para permanecer o acogerse a uno de ellos según sus preferencias. Por lo tanto, si bien es cierto que el aporte del 1.5% al FGPM está contemplado solamente en el RAIS, no debe olvidarse que a diferencia de lo que sucede en el RPM en el que a la fecha se exigen 1300 semanas de cotización como requisito de acceso a la pensión, en el RAIS para acceder a la GPM requiere de 1150 semanas de cotización, esto es tres (3) años o 150 semanas menos de cotización para los afiliados de este régimen privado.

c) La declaratoria de inconstitucionalidad del aporte correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima constituiría una medida regresiva puesto que con dicho fondo se ha aumentado el cubrimiento pensional, pues desde la modificación legal introducida mediante la Ley 797 de 2003 cuya efectividad en materia del aporte al FGPM se dio a partir del 2004, en tan solo 12 años, han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima, cifra que debe ser leída teniendo en cuenta que el RAIS es un sistema joven cuyos afiliados en su mayoría, aún no se encuentran en edad de pensión.

El Jefe de la Oficina Jurídica indica de modo preliminar que no existe cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 pero sí frente a los artículos 65 y 84 de la Ley 100 de 1993, pues en la sentencia C-538 de 1996 MP. Antonio Barrera Carbonell.

las dos normas aquí demandadas fueron declaradas exequibles. Para tal fin, expone que la Corte ha reiterado en la sentencia C-007 de 2016 MP. Alejandro Linares Cantillo.

que la constitucionalidad de una norma puede ser revisada a pesar de ya haber habido una decisión de la misma por parte del alto tribunal, al afirmarse en esa oportunidad que además de la cosa juzgada aparente, existen seis tipos diferentes de sentencias, a decir “cosa juzgada formal (1) absoluta, (2) relativa explícita y (3) relativa implícita, de una parte, y providencias que hacen tránsito a cosa juzgada material (4) absoluta, (5) relativa explícita y (6) relativa implícita”, ellas son el resultado de la forma en que se relacionan en cada caso el objeto de control y los cargos de inconstitucionalidad.

Estas caracterizaciones son de especial interés, al argumentar que: i) la sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada relativa frente al artículo 65 de la Ley 100 de 1993; ii) la sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada aparente frente al artículo 84 de la Ley 100 de 1993; y iii) no hay cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 Señala el interviniente que es necesario tener en cuenta que la cosa juzgada es absoluta, cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional. Mientras que es relativa: cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado.

A esto se suma que la cosa juzgada puede ser real o aparente. Respecto de esta última

situación, en la sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) explicó la Corte: “que la cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado (...), tiene como consecuencia que la decisión pierda, la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido”. Es decir, que bajo este supuesto es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder’ resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Artículo 84 de la Ley 100 de 1993 (parcial)

En cuanto al fondo indica el interviniente que existen varios obstáculos para la materialización de las normas demandadas. En primer lugar, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 impone una clara limitación para que los afiliados o sus beneficiarios accedan a la GPM en los eventos en los que la suma de pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima.

De la expresión “según el caso”, se pueden derivar dos interpretaciones, la primera que la prohibición que establece el artículo deriva de la suma total de los ingresos, rentas o remuneraciones del afiliado así como del beneficiario. La segunda, que se tomen los ingresos, rentas y remuneraciones de manera separada, sin computar los del afiliado por una parte y los del beneficiario por otra parte. A juicio del interviniente asumir la primera

interpretación que se le dé a la norma, ésta resultaría inconstitucional por las siguientes razones fundamentales:

1. Si se toman los ingresos, rentas y remuneraciones del beneficiario claramente se está afectando el carácter individual del derecho a la pensión pues convierte al afiliado en dependiente de su beneficiario. Por ejemplo, si la esposa del afiliado tiene un ingreso apenas superior a un smmlv, invocar esta norma para negarle al afiliado el acceso a la GPM representa una clara transgresión del derecho individual del afiliado a adquirir su pensión mínima ya que lo hace depender de los ingresos de su beneficiaria.

2. En el evento de contabilizar los ingresos, rentas y remuneraciones del afiliado, desconocería que la pensión de vejez es una fuente de ingreso segura, para garantizar la vida digna de la persona durante los últimos años de su vida. A manera de ejemplo, un trabajador pensionado que en su cuenta de ahorro individual no tenga el dinero suficiente para financiarse al menos una pensión equivalente a 1 smmlv, pero que tenga remuneraciones por trabajos ocasionales y una renta por el arriendo de un cuarto, que sumados generan un ingreso apenas superior a 1 smmlv, en ningún caso podría acceder a la protección del Estado a través de la GPM.

3. Finalmente, si se considera la suma de los ingresos, rentas y remuneraciones tanto del afiliado como del beneficiario se crean aún mayores obstáculos al acceso a la GPM en la medida en que utiliza la sumatoria de ingresos de terceros y del afiliado para excluir al trabajador afiliado al RAIS del acceso a la GPM. En este sentido, si una persona de ingresos bajos recibe mensualmente una cifra apenas inferior al salario mínimo y tiene como beneficiario a su esposa que también trabaja para aportar en el hogar, pero cuyos ingresos ni si quiera alcanzan el salario mínimo, entonces la sumatoria de estos conceptos excedería levemente 1 smmlv.

Estos obstáculos que se imponen al trabajador son difícilmente superables puesto que sus condiciones económicas le impiden obtener otros ingresos que le permitan vivir de manera digna. Además, esta expresión transfiere a la familia del solicitante la carga de mantener de por vida a su familiar que se acerca a la tercera edad en el evento de que alguno de los beneficiarios, o varios sumados, tengan un ingreso superior a un salario mínimo al momento en el que el solicitante ha cumplido el tiempo y la edad para acceder a la GPM esta situación ocurre debido a que la norma suma diversas fuentes de ingreso de los beneficiarios y del afiliado, con el fin de excluirlo del acceso a la GPM.

Por último, el artículo 84 establece un claro obstáculo de acceso a la GPM para las personas que se encuentran pensionadas, ya que de la lectura de la norma se puede derivar que el único que tiene la necesidad de acceder a la GPM es el afiliado. Sin embargo, no sólo el afiliado requiere de dicha garantía, pues una persona que sea pensionada bajo el RAIS que disfrute de una pensión en la modalidad de retiro programado puede descapitalizarse por razones de indexación de la mesada con el salario mínimo y de extra-longevidad. Dicho riesgo aumenta cuando los recursos que tiene el afiliado son levemente superiores a los exigidos para obtener una pensión mínima, pero no son suficientes para adquirir una renta vitalicia de una aseguradora. En esos eventos, el pensionado del RAIS queda absolutamente desprotegido en la medida en que no tiene posibilidad de acceder a la GPM, tampoco tiene los recursos suficientes para adquirir una renta vitalicia y sus propios recursos no le alcanzan para financiar de manera vitalicia una pensión de salario mínimo.

Caso contrario ocurre en el caso de los pensionados bajo la modalidad de renta vitalicia en los eventos en los cuales las aseguradoras incurran en situaciones de insolvencia o que lleven a su liquidación forzosa administrativa y los recursos de las reservas no sean suficientes para el pago de dichas pensiones, por cuanto es claro que es el Estado el garante final del pago de las pensiones, tal como se estableció en el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, la cual expresamente estableció que “las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas”. Las reservas a las que se refiere la norma son las resultantes de disponer la eliminación de la garantía de

FOGAFIN a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, a las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a las aseguradoras de vida que operan el ramo de pensiones bajo la Ley 100 de 1993. Resulta por demás violatorio del derecho a la igualdad que el pensionado que ha elegido la modalidad de renta vitalicia tenga derecho a la garantía estatal de pensión mínima, pero aquel que optó por el retiro programado y que aportó para dicha garantía, carezca de la protección estatal.

Finalmente el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica señala que en la actualidad las Compañías de Seguros prácticamente se han retirado del mercado de Rentas Vitalicias, especialmente las de salario mínimo y, por lo tanto, los afiliados al momento de pensionarse, sólo cuentan en la práctica con la opción de hacerlo a través de la modalidad de Retiro Programado. Según cifras presentadas por Fasecolda a la Superintendencia Financiera, formato 394, en el año 2013, las aseguradoras que participan en el mercado de rentas vitalicias, no emitieron ninguna renta vitalicia desde el 2013 para vejez para los afiliados al RAIS.

|      | Invalidez | - Sobrevivencia | Vejez |
|------|-----------|-----------------|-------|
| 2007 | 575       | 832             | 137   |
| 2008 | 729       | 1282            | 240   |
| 2009 | 1345      | 1691            | 224   |
| 2010 | 1002      | 1043            | 44    |
| 2011 | 888       | 1238            | 47    |
| 2012 | 971       | 1194            | 20    |
| 2013 | 550       | 993             | 0     |

Ante la ausencia de un mercado de rentas vitalicias, los pensionados del RAIS se quedaron sin la posibilidad de comprar una renta vitalicia de salario mínimo, y enfrentan el riesgo de

no contar con recursos suficientes para financiar una pensión de salario mínimo de manera vitalicia, y sin la posibilidad de acceder a la GPM que complete el capital que les haga falta para devengar esa pensión mínima, pues la norma demandada los excluyó como beneficiarios. Es decir, que a pesar de que los pensionados en retiro programado han sido solidarios con los afiliados al RAIS de menores recursos para que la GPM complete el capital que sea necesario para que ellos gocen de una pensión mínima, en el momento en que por circunstancias ajenas a su voluntad, el pensionado se encuentra en una situación de necesidad y requiere de la solidaridad del régimen para que complete el capital necesario que le permita continuar devengando esa pensión mínima, la norma lo excluyó arbitrariamente. Pese a la anterior argumentación se solicita estarse a lo resuelto en la sentencia C-538 de 1996.

Artículo 65 de la Ley 100 de 1993 (parcial)

A pesar de que ese sacrificio generó la expectativa legítima para todos los afiliados al RAIS de que accederían a la GPM en caso de necesitarlo, lo cierto es que las normas demandadas restringen de manera desproporcionada ese acceso a la GPM al punto de que sólo excepcionalmente algún afiliado al RAIS es protegido por esa garantía. Por otro lado, es evidente que la norma impone un obstáculo de acceso a los pensionados que requieren acceder a la GPM, en la medida en que el artículo limita la protección únicamente a “los afiliados” que cumplan los requisitos establecidos, asunto que trasciende a la práctica más no deriva de la norma acusada. No obstante, solicita a la Corte declarar la existencia de cosa juzgada.

Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (parcial)

Finalmente, respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 manifestó que a partir del año 2003 a los afiliados del RAIS, incluso a los de ingresos menores a 4 salarios mínimos, se les impuso la carga de financiar la GPM y les aumentaron esa carga de manera significativa, con lo cual prolongaron el tiempo que necesitan para acumular el capital para pensionarse. En este sentido, el nuevo régimen conllevó a que un porcentaje de los aportes de cada trabajador no se destine a su cuenta de ahorro individual, donde los recursos siguen siendo de su propiedad para acumular los recursos necesarios para obtener su pensión, sino a financiar la GPM. Lo anterior es aún más problemático, toda vez que la etapa de la vida en que se espera recibir una pensión es de alta vulnerabilidad, ya que es un momento en que aparecen padecimientos y enfermedades, que sumados a una situación económica precaria podrían afectar el desenvolvimiento de la persona, su salud y, por lo tanto, sus condiciones de vida digna.

Consecuentemente, a pesar de la importancia de la GPM para la plena satisfacción de los derechos a una vida digna, mínimo vital, y seguridad social de los afiliados y pensionados del RAIS, los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993, imponen obstáculos desproporcionados de acceso a dicha garantía no solamente sobre los afiliados sino también sobre aquellos que ya obtuvieron la pensión, incluso en situaciones graves de su descapitalización son excluidos de la posibilidad de obtener dicha garantía.

Superintendencia Financiera de Colombia (SIF): exequible

El Superintendente Delegado para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias considera que los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 parcialmente acusados son constitucionales al no representar un trato desproporcionado para los afiliados del RAIS toda vez que el legislador con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003 buscó la protección de los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

Explica que 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” al modificar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, introdujo un aumento gradual en las semanas y la tasa de cotización al sistema, reduciendo el porcentaje de cotización destinado al pago de la administración y a las primas de seguros previsionales en un 0.5%, señalando la forma en que se distribuiría la cotización dependiendo del régimen al que se encuentre vinculado el trabajador, lo que para el caso del RAIS incluyó la destinación de un 0.5% al FGPM, para mayor claridad presenta el siguiente cuadro comparativo:

| Año y Tasa de Cotización |       | Prima Media con Prestación Definida                                                                             | Ahorro Individual |
|--------------------------|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| con Solidaridad          |       |                                                                                                                 |                   |
| 2003                     | 13.5% | 10.5% Pensión de Vejez y capitalización de reservas pensionales                                                 |                   |
|                          |       | 10% Cuentas de Ahorro Individual                                                                                |                   |
|                          |       | 3% Gastos de Administración y Pensiones de Invalidez y Sobrevivientes                                           | 0.5%              |
|                          |       | Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS                                                                    |                   |
|                          |       | 3% Gastos de Administración, primas de reaseguros del Fogafín y primas de Seguros de Invalidez y Sobrevivientes |                   |
| 2004                     | 14.5% | 11.5% Pensión de Vejez y capitalización de reservas pensionales                                                 |                   |
|                          |       | 10% Cuentas de Ahorro Individual                                                                                |                   |
|                          |       | 3% Gastos de Administración y Pensiones de Invalidez y Sobrevivientes                                           | 1.5%              |
|                          |       | Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS                                                                    |                   |

3% Gastos de Administración, primas de reaseguros del Fogafín y primas de Seguros de Invalidez y Sobrevivientes

2005      15%      12% Pensión de Vejez y capitalización de reservas pensionales  
10.5% Cuentas de Ahorro Individual

3% Gastos de Administración y Pensiones de Invalidez y Sobrevivientes      1.5 %  
Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS

3% Gastos de Administración, primas de reaseguros del Fogafín y primas de Seguros de invalidez y Sobrevivientes

3% Gastos de Administración y Pensiones de Invalidez y Sobrevivientes      1.5%  
Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS

3% Gastos de Administración, primas de reaseguros del Fogafín y primas de Seguros

Igualmente indica que el artículo 14 original de la Ley 797 de 2003 modificó el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, daba lugar a la creación del Fondo de Garantía de Pensión Mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, fue declarado inexecutable por el alto tribunal mediante sentencia C-797 de 2004, sin perjuicio de lo cual las modificaciones incorporadas al artículo 20 que dan lugar a destinar un porcentaje de la cotización para dicho Fondo

continúan vigentes. Con el artículo 46 de la Ley 1328 de 2009, que adicionó el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se radicó en cabeza del Gobierno Nacional la reglamentación para la organización y administración de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Hechas las anteriores anotaciones y conforme con la exposición de motivos de la referida Ley 797 de 2003, la reforma pensional propuesta busca una mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera de un nuevo sistema que le dé un trato igualitario a todos los colombianos, señalando entre otras consideraciones, lo siguiente:

“En el mundo la tasa de cotización promedio, oscila entre el 18% y el 20% del ingreso. En Colombia es del 13,5%, generando un gran desbalance entre los beneficios que reciben los pensionados y el esfuerzo que realizan para poder obtener su pensión (...). Mientras que en Colombia, el periodo de cotización para acceder a una tasa de reemplazo del 65% del ingreso base de liquidación es de 20 años, en Bolivia es de 33 años, en Chile de 35 años, en El Salvador es de 49 años y en México es de 34 años. Así mismo, mientras que la tasa de reemplazo en nuestro país es, aproximadamente, del 65%, en el resto de países latinoamericanos, es del 44%. Lo anterior hace que el sistema actual tenga una frágil estructura, financieramente hablando.

Para pagar las obligaciones pensionales ya causadas y aquellas que deberán ser reconocidas en los próximos 18 años, el país tendría que generar un flujo de caja equivalente al 33% del déficit fiscal de la Nación”.

En adición y como parte de las medidas que salvaguardan de la responsabilidad fiscal se plantearon, entre otros, la reducción en el porcentaje de cotización para gastos de administración y seguros previsionales para la financiación de la garantía de pensión mínima, y los incrementos graduales en la edad y en las semanas cotización. En este aspecto debe

tenerse en cuenta que, previo a la reforma, el porcentaje del IBC que se destinaba como aporte al Sistema General de Pensiones era del 13.5% y, de éste, el 3.5% se destinaba a la financiación de la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes y los gastos de administración (incluida la prima de reaseguros con el FOGAFIN) en ambos Regímenes Pensionales. Visto lo anterior, es claro que fueron consideraciones de equidad y responsabilidad fiscal las que motivaron la formulación de la reforma, muy acordes con el principio de solidaridad desarrollado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-111 de 2006, así:

“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, 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 periodos 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.”

Así considera el representante del ente de inspección, vigilancia y control de las AFP que la legislación cuestionada por el demandante también resulta coherente con el principio de sostenibilidad financiera encaminado a la preservación del equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones que fuera incorporado al artículo 48 de la Constitución Política por el

Acto Legislativo No. 01 de 2005. De igual modo aduce que es necesario considerar que el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 tiene como objetivo “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” y se estructura en el principio de solidaridad según el cual todos los afiliados deben contribuir con la sostenibilidad, equidad y eficiencia del referido Sistema, por lo que no se encuentra razón en lo argumentado por el demandante en cuanto a que las normas demandadas hagan más gravosa la contribución de los afiliados al RAIS por la destinación que se realiza al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni que se trate de una carga desproporcionada para quienes allí contribuyen.

## 2. Intervenciones ciudadanas

Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía – Asofondos: inhibición / inexequible

Indica la representante legal de Asofondos que previo a dar su concepto sobre la constitucionalidad de la norma resulta necesario contextualizar la problemática de retiro programado en el RAIS, ya que existen fallas de relevancia constitucional en el diseño legal y reglamentario para la modalidad de retiro programado que trasladaron de manera inconstitucional los riesgos de extralongevidad y de crecimiento del salario mínimo al pensionado bajo esta modalidad.

Si bien en el diseño conceptual del retiro programado como un producto financiero que requería mayor capital acumulado y debía estar sometido a unas reglas de inversión particulares, ya que el pensionado debía asumir los riesgos de extralongevidad y de mercado, a cambio de mantener la sucesión por causa de muerte de los recursos de su cuenta de ahorro individual y la posibilidad de definir la forma como se calculaban sus

mesadas, lo cierto es que el legislador introdujo varios factores que alteraron esa concepción, como el porcentaje de aporte a la GPM, sin prever remedios que atenuaran los riesgos que debía asumir el pensionado bajo esta modalidad. Por ejemplo, al establecer que ninguna pensión podría ser inferior al salario mínimo en 1993 y ratificarlo en el año 2005, a pesar de que dicha regla implicaba una descapitalización más acelerada de la cuenta de ahorro individual, que era imposible de cuantificar anticipadamente, el legislador no previó una fórmula de corrección de este factor para la modalidad de retiro programado.

En el año 2009, el legislador autorizó al ejecutivo a adoptar un mecanismo de cobertura frente al incremento del salario mínimo pero sólo para la modalidad de renta vitalicia. Como consecuencia de esta solución parcial, el mercado de rentas vitalicias casi desapareció, especialmente las rentas vitalicias de salario mínimo, y los retiros programados fueron tasados por debajo del valor necesario para enfrentar el crecimiento anual del salario mínimo, incluso por valor inferior al necesario para una renta vitalicia, debido a que las notas técnicas para el cálculo del retiro programado autorizadas a cada AFP por la Superintendencia Financiera no tuvieron en cuenta este factor. Por lo anterior, los afiliados y pensionados del RAIS no pudieron realmente optar entre distintas modalidades de pensión y a pesar de no contar con el capital realmente requerido, se pensionaron bajo la modalidad de retiro programado, sin que esta modalidad les ofreciera la garantía de una pensión mínima en caso de que el capital de su cuenta individual se agotara, como quiera que, en ausencia de un mercado de rentas vitalicias, el legislador no previó el acceso a la garantía de pensión mínima, a pesar de que todo afiliado al RAIS aportó mensualmente el 1.5% a este mecanismo solidario.

Los problemas constitucionales del diseño legal de la modalidad de pensión de renta vitalicia, sumados a la omisión de regulación adecuada del retiro programado y las falencias de regulación de esta modalidad de pensión, especialmente cuando se trata de rentas vitalicias de salario mínimo, dejaron a todos los afiliados al RAIS, pero especialmente a los de menores recursos, sin la garantía estatal prometida en el inciso 7 del artículo 48 CP, y sin la posibilidad real de escoger una modalidad de pensión acorde con sus necesidades y expectativas de

vida, obligándolos a asumir los riesgos de extralongevidad, de mercado y de incremento del salario mínimo.

Como ya se mencionó, el RAIS contempla la GPM como un mecanismo de protección y manifestación de la solidaridad del sistema, al cual han de contribuir todos sus afiliados sin distinción, con el objetivo de que sus contribuciones permitan financiar la pensión de aquellos “afiliados” que no cuenten con el capital requerido para financiar una pensión del sistema.

No obstante, por la operatividad de la GPM, de acuerdo con la norma vigente, la protección pretendida y así la manifestación de la solidaridad resultan insuficientes toda vez que se establece una restricción injustificada para acceder a la GPM, como ya se explicó, y su nivel de protección solo cubre a los “afiliados”, dejando de lado a la población de “pensionados” que, por las razones ya expuestas, pueden encontrarse en una situación de descapitalización, circunstancia ajena a la voluntad del afiliado y de la AFP. Este riesgo de descapitalización se acentúa más si se tiene en cuenta que es la población de la tercera edad y por lo general de menores ingresos (pensiones entre 1 y 2 salarios mínimos) quienes más afectados se ven por esta situación.

La inoperancia de la solidaridad en el RAIS se pone de presente en este punto si se tiene en cuenta que aquellos pensionados que caen en la descapitalización, durante su etapa de acumulación, esto es mientras cotizaron al sistema, aportaron a la GPM, no encuentran ahora solidaridad por parte del sistema al cual contribuyeron, toda vez que debido a la estructura de la garantía estatal, no cuentan con la posibilidad de acceder a la misma. El sistema resultaría verdaderamente solidario si a partir de estas consideraciones, contemplara que la GPM cubre no solo a los afiliados sin capital para financiar una pensión, sino también a los pensionados que se encuentran en una situación de descapitalización, siendo por demás que dichos pensionados “descapitalizados” realizaron aportes al sistema, son una población vulnerable al ser adultos mayores sin capacidad productiva y generación de ingresos y en su

etapa de producción fueron igualmente solidarios en el sistema.

Argumentos que coadyuvan a la demanda presentada

Indica la interviniente que las normas acusadas son inconstitucionales por las siguientes razones:

a) La seguridad social ha sido concebida en el sistema jurídico colombiano como un derecho de rango constitucional, de carácter obligatorio e irrenunciable, cuya dirección, coordinación y control se encuentra en cabeza del Estado. Una de las manifestaciones del derecho a la seguridad social es a través del Sistema General de Pensiones, el cual es uno de los componentes del Sistema Integral de Seguridad Social y tiene como finalidad garantizar a la población destinataria del sistema una cobertura frente a los riesgos derivados de la vejez, invalidez y muerte. Por esta razón el Estado debe garantizar el cubrimiento del riesgo de descapitalización por indexación, aumento del salario mínimo superior al IPS, e indeterminación del grupo familiar.

b) La solidaridad del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 está conformado por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por Colpensiones y el Régimen Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), los cuales coexisten y se excluyen entre sí, compitiendo en el mercado pensional y cubriendo los mismos riesgos derivados de la invalidez, vejez y muerte a través del reconocimiento de prestaciones económicas. En ambos regímenes existe un componente de solidaridad encaminado a mejorar las condiciones pensionales de los afiliados que se manifiesta a través del (i) Fondo de Solidaridad Pensional; (ii) del subsidio estatal; (iii) o la Garantía de Pensión Mínima. Por lo que no se justifica la protección insuficiente al no cobijarse a todas las personas pertenecientes al RAIS que pueden llegar a necesitar de la garantía y al establecer restricciones injustificadas para su

acceso.

Con base en las consideraciones expuestas por la representante de Asofondos solicita a la Corte que declare inexecutable las expresiones acusadas.

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI: executable

El presidente del Consejo Directivo y la Directora Ejecutiva de la ANDI defienden la constitucionalidad de las normas acusadas con fundamento en las siguientes razones:

a) Las disposiciones parcialmente acusadas, no vulneran el texto constitucional, pues no imponen una carga desproporcionada y diferenciada en detrimento de los afiliados del RAIS, pues además de los principios de solidaridad y universalidad, debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del Sistema a efecto de que éste, brinde una cobertura efectiva mediante las prestaciones económicas a su cargo. En ese sentido, lo que las disposiciones acusadas han establecido no configura la imposición de cargas económicas adicionales para los afiliados del RAIS, sino una mejor distribución del porcentaje de cotización, a efectos de garantizar no solo la sostenibilidad del RAIS, sino la solidaridad en el mismo, de tal manera que la parte de la cotización que ingresa a la cuenta de ahorro individual, se ha mantenido inalterado desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la fecha.

b) Con la Ley 100 de 1993 se previó la implementación de dos regímenes pensionales que si bien coexisten, los mismos presentan funcionamientos diferentes a nivel interno, luego no es posible predicar una igualdad absoluta en dos regímenes cuya estructura, mecanismos de financiamiento y prestaciones es distinta. Bajo ese entendido, el aporte a pensiones de los afiliados, no se vio disminuido con la redistribución de las cotizaciones prevista con la

reforma de la Ley 797 de 2003, sino que de la distribución inicial, se restaron unos puntos porcentuales de las cuotas de administración y seguros.

c) En ese orden de ideas, dicha redistribución de las cotizaciones, configura en esencia la materialización de los principios de universalidad, igualdad y sostenibilidad financiera. Sumado a lo anterior, la Garantía de Pensión Mínima prevista en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, obedece a una institución de naturaleza restrictiva, la cual busca que de manera exclusiva los afiliados cotizantes de menores ingresos accedan a una pensión de vejez la cual parte de ella es financiada por el Estado, luego no resulta equitativo que los pensionados accedan a dicha prestación, pues los mismos ya tienen consolidado el derecho pensional, y por ende ya se encuentran cubiertos por el sistema.

d) El actor parte de una interpretación equivocada al considerar que la GPM entraría a operar en favor de los ya pensionados cuando se descapitaliza el saldo de su cuenta de ahorro individual. Sin embargo, lo que ocurre en realidad, es que cuando se ven disminuidos los dineros depositados en dicha cuenta, entra a garantizarse al pensionado una renta vitalicia, situación que se encuentra amparada legal y jurisprudencialmente.

e) Bajo la misma línea, señalan que la mencionada garantía va encaminada además a brindar cobertura a las personas de más escasos recursos, cuyos ingresos personales o familiares no le permiten acceder a una pensión. En ese sentido, el artículo 84 de la ley 100 de 1993 resulta ajustado al texto constitucional, pues la GPM ha sido prevista para aquellos afiliados que realmente no tienen capacidad de ingreso de tal manera que el establecimiento de las condiciones previstas en dicha norma, justamente buscan garantizar que de manera efectiva aquellos cotizantes de menores recursos, puedan acceder a una garantía destinada para ellos, luego no resulta equitativo desviar unos recursos propios de la solidaridad para quienes realmente cuentan con una capacidad de ingresos suficientes.

#### A. DECRETO DE PRUEBAS

Mediante Auto del 31 de octubre de 2016 el Magistrado sustanciador en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 1695 de 2013 Ley 1695 de 2013, artículo 15. Intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público. Con el fin de evitar alteraciones de la sostenibilidad fiscal, cualquiera de las máximas corporaciones judiciales podrá, en cualquier momento del trámite de una acción judicial, solicitar la intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público, para conocer su opinión sobre los efectos de la controversia en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Para tales efectos, la Corporación le dará a conocer el expediente del respectivo proceso y demás información que considere relevante.

La Corporación podrá adicionalmente plantear interrogantes puntuales al Ministro de Hacienda y Crédito Público en lo relacionado con temas específicos de su competencia.

En ningún caso el concepto que emita el Ministro de Hacienda y Crédito Público se entenderá como la presentación del incidente de impacto fiscal, ni será vinculante para la respectiva Corporación.

solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público concepto técnico y jurídico sobre algunos asuntos relacionados con la presente demanda. Dicho requerimiento fue absuelto mediante Oficio OPC-303/16 de la siguiente forma:

a. ¿Cuáles serían los efectos fiscales de una eventual declaratoria de inexecutable o condicionamiento de las normas acusadas en el sentido de ampliar los beneficiarios del Fondo de Garantía de pensión mínima - FGPM al grupo de los pensionados del RAIS?

En primer lugar se debe considerar que el RAIS en un sistema joven, actualmente, el número de afiliados es de 13.600.000, cifra que supera el número de pensionados por vejez que corresponde a 22.000, en ese escenario, los valores de las reservas para el caso el FGPM parecen muy altos y superavitorios desestimando el hecho de que al tratarse de una reserva que cubre una eventualidad, pertenecen prospectivamente a los futuros pensionados, hoy cotizantes.

A continuación, se presenta una gráfica que permite ver el comportamiento de los recursos del FGPM con las condiciones actuales de utilización y con una eventual declaratoria de inexequibilidad o condicionamiento de las normas acusadas en el sentido de ampliar los beneficiarios del Fondo de Garantía de pensión mínima - FGPM al grupo de los pensionados del RAIS.

0,010,020,030,040,050,060,070,080,090,100,110,120,130,140,150,160,170,180, 0190,0200,02013201420152016201720182019202020212022202320242025202620272028 20292030203120322033203420352036203720382039204020412042204320442045204620 47204820492050Con totalidad de RetirosCon Retiros SMMLVActualEvolucion del saldodel Fondo de Garantía de Pensión MínimaSegún semanas requeridas para pensión mínima\$Billones -Precios CorrientesElaborado por DGRESS -Tasa rendimiento 4,0%\$Billones

Escenario actual. Se observa el comportamiento de los recursos del FGPM con las condiciones de acceso vigentes, esto es, permitiendo su uso únicamente a aquellos afiliados que a la edad de pensión no cuentan con el capital suficiente para financiar una pensión de vejez, pero que han cotizado como mínimo 1150 semanas al Sistema y que no se encuentran dentro de la excepción contemplada en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993. En este caso se puede observar que, si bien se prevé el crecimiento de los recursos del Fondo en los años siguientes, esto obedece a la juventud del RAIS en el que actualmente el número de cotizantes supera el número de pensionados, sin embargo, aun en el escenario actual puede observarse el inicio de la reducción de los recursos del fondo hacia el año 2050, de forma tal que en el futuro los recursos del FGPM resultarán insuficientes, dado que las obligaciones continuaran vigentes en el largo plazo (Año 2200).

Escenario con retiros. Se reflejan las posibles consecuencias sobre los recursos del Fondo, en caso de permitir el acceso no solo a los afiliados, sino también a los pensionados por vejez

bajo la modalidad de retiro programado con pensión de salario mínimo que vea descapitalizada su cuenta. Al respecto puede observarse, como esta ampliación de la cobertura genera que los recursos del FGPM comienzan a disminuir más rápidamente, esto es en el año 2046.

Escenario con la totalidad de los retiros. En este evento se observa el efecto sobre los recursos del FGPM, en caso de que se permitiese el acceso a la cobertura no solo a los afiliados en las condiciones actuales, más los pensionados por vejez bajo la modalidad de retiro programado con pensión de salario mínimo que vean descapitalizada su cuenta, sino también a la totalidad de retiros programados por vejez con independencia del monto de la pensión. En el mismo, se observa que esta ampliación de cobertura generaría el agotamiento acelerado de los recursos del FGPM además de resultar violatorio de los principios de igualdad y solidaridad. Por tal razón para el 2050 los recursos del FGPM estarían casi agotados en su totalidad.

b. ¿Cuál es el valor actual de la reserva del FGPM?

De conformidad con la información reportada por las Administradoras de Fondos de Pensiones a la Superintendencia Financiera de Colombia, con corte a 31 de agosto de 2016, el valor acumulado de la reserva financiera de la Garantía de Pensión Mínima es de \$15,059,256 millones de pesos. Datos tomados de los Estados financieros de los Fondos de Pensiones Obligatorias, reportados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones a la Superintendencia Financiera de Colombia, disponibles en la página web de dicha entidad:

<<<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10084384>>>

c. Conforme a los informes remitidos por las AFP desde el año 2003 al 2016 en la actualidad ¿cuántas pensiones se financian con los recursos del FGPM?

Según la información reportada a esta Cartera, de enero 2004 a agosto de 2016, han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima. Al respecto vale la pena destacar el incremento en el número de pensiones reconocidas bajo este mecanismo en los últimos años, de la siguiente manera:

| Año  | Número de Pensiones otorgadas con GPM |
|------|---------------------------------------|
| 2004 | 4                                     |
| 2005 | 7                                     |
| 2006 | 14                                    |
| 2007 | 37                                    |
| 2008 | 53                                    |
| 2009 | 65                                    |
| 2010 | 113                                   |
| 2011 | 95                                    |
| 2012 | 169                                   |
| 2013 | 274                                   |
| 2014 | 488                                   |
| 2015 | 1178                                  |

2016 (con corte a agosto) 1071

Total general 3568

d. En contraste con lo anterior, en el Régimen de Prima Media ¿en qué porcentaje se subsidia una pensión de un salario mínimo y cuál es el número de pensiones mínimas financiadas por el Estado?

Indica el MHCP que frente al porcentaje en el que se subsidia una pensión en el RPM, se debe tener en cuenta que en este régimen el monto de la pensión de vejez Ley 100 de 1993. Artículo 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$ , donde:

$r$  = porcentaje del ingreso de liquidación.

$s$  = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en

función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

o la denominada tasa de reemplazo, corresponde a un porcentaje determinado con base en el número de semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación, respetando en todo caso la regla según la cual el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y que el valor del subsidio estatal depende igualmente del valor sobre el cual hubiese cotizado el afiliado. Así las cosas, para el caso de una persona que ingresó a la fuerza laboral a los 20 años y cotiza hasta la edad de pensión sobre un salario mínimo, el nivel de subsidio de la pensión alcanza el 72.3%. Esto bajo los siguientes supuestos:

- \* Incremento real anual del 1% en el salario mínimo, por encima de la variación del IPC
- \* Tasa de cotización destinada a vejez es del 13%
- \* Tasa de rendimiento de los aportes del 4% real anual
- \* Pensión con 13 mesadas anuales

Ahora bien, respecto al número de pensiones mínimas subsidiadas por la Nación, se debe informar que al terminar el año 2015, las pensiones con mesadas de un salario mínimo, incluyendo Colpensiones, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional y Fondo del

Magisterio son cerca de 636 mil. Sobre este aspecto, resulta importante señalar que casi la totalidad de las demás pensiones del Régimen de Prima Media, aun sin ser de un salario mínimo se encuentran subsidiadas por la Nación, en especial las del régimen de transición, dado que los afiliados no alcanzaron a ahorrar el capital suficiente para financiar su propia pensión, con la tasa y monto establecidos en la Ley.

En primer lugar, es necesario indicar que el capital necesario para financiar una pensión de salario mínimo en el RAIS, depende de múltiples variables Variables que generalmente se proyectan sobre bases históricas.

, entre las que se destacan:

- \* Edad del pensionado y la de sus beneficiarios
- \* Tasa de interés real proyectada y en menor grado IPC proyectado
- \* Tasa de deslizamiento (crecimiento del salario mínimo en exceso del IPC).
- \* Número de mesadas

Para realizar una estimación del capital necesario para una pensión en RAIS, se realizó un ejercicio que parte de los siguientes supuestos:

- \* Pensión con 13 mesadas
- \* Calculado sobre el salario mínimo vigente para 2016 correspondiente a: \$689.455
- \* El IPC proyectado es 4%

\* Las condiciones de mortalidad no cambian significativamente si se comparan con las actuales

\* Factor de 5% atribuible a los gastos administrativos

\* Se han considerado diferentes grupos de beneficiarios y distintos escenarios de tasa de interés, deslizamiento, incluyendo un escenario con las condiciones actuales.

En el siguiente cuadro pueden verse las simulaciones de los capitales necesarios a partir de los diferentes grupos de beneficiarios y escenarios. En la columna de condiciones actuales se presentan las tasas de rendimiento, de deslizamiento de salario mínimo y de factor por cambio de beneficiarios que se aplican para el año actual de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 3099 de agosto de 2015, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

| CAPITAL NECESARIO PARA UNA PENSIÓN CAUSANTE DE BENEFICIARIO \$Pesos |             |             |             | LA PENSIÓN             |           |           |             |
|---------------------------------------------------------------------|-------------|-------------|-------------|------------------------|-----------|-----------|-------------|
| SUSTITUTO                                                           |             |             |             | CONDICIONES ACTUALES   |           |           |             |
|                                                                     |             |             |             | CON TASA REAL DEL 4.0% |           |           |             |
|                                                                     |             |             |             | CON TASA REAL DEL 3.5% |           |           |             |
| HOMBRE 62                                                           | MUJER 57    | 181,736,441 | 189,066,997 | 202,494,023            | HOMBRE 62 | MUJER 57  |             |
| 47204,053,295                                                       | 213,683,842 | 231,774,494 |             |                        | HOMBRE 62 | MUJER 57  | 224,001,767 |
| 236,129,332                                                         | 259,456,022 |             |             |                        | HOMBRE 62 | MUJER 57  | 240,127,099 |
| 283,222,883                                                         |             |             |             |                        |           |           | 254,664,277 |
| MUJER 57                                                            | HOMBRE 62   | 181,736,441 | 189,066,997 | 202,494,023            | MUJER 57  | HOMBRE 62 |             |
| 57                                                                  | HOMBRE 57   | 186,994,860 | 194,772,673 | 209,080,828            | MUJER 57  | HOMBRE 57 |             |
| 47201,017,324                                                       | 210,211,526 | 227,381,610 |             |                        | MUJER 57  | HOMBRE 57 | 217,533,823 |
| 228,727,694                                                         | 250,060,636 |             |             |                        |           |           |             |
| SUPUESTOS: TASA DE RENDIMIENTO REAL                                 |             |             |             |                        |           |           |             |
| ANUAL 3.99% 4.0% 3.5%                                               |             |             |             |                        |           |           |             |
| DESLIZAMIENTO DEL SALARIO MÍNIMO 0.72% 1.0% 1.0%                    |             |             |             |                        |           |           |             |
| FACTOR POR CAMBIO EN BENEFICIARIOS 0.6% 1.0% 1.0%                   |             |             |             |                        |           |           |             |

Elaborado por DGRESS, MHCP

f. De dicho capital ¿cuánto aportó para el FGPM y cuánto para gastos de administración?

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en la actualidad los afiliados al Sistema General de Pensiones efectúan una cotización equivalente al 16% de sus ingresos De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, para aquellos afiliados con ingresos superiores a los 4 SMLMV se establece una cotización adicional entre el 1 y 2% destinada al Fondo de Solidaridad Pensional.

, la cual se distribuye de la siguiente manera:

- \* Un 11.5% va a la Cuenta de Ahorro Individual del afiliado, para capitalizarse en el tiempo
- \* Un 1.5% se destina al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y
- \* Un 3% se utiliza para sufragar los costos de administración y la contratación de un seguro previsional que cubra al afiliado o sus beneficiarios en caso de invalidez o muerte, es decir este 3% se divide a su vez en: a) un 1.4% en promedio para gastos de administración y b) un 1.6% en promedio para la contratación del seguro previsional La Superintendencia Financiera de Colombia publica trimestralmente la información relacionada con el monto de la cotización destinado a sufragar los gastos de administración y el porcentaje destinado a la contratación del seguro previsional.

Ahora bien, como se indicó en el punto anterior, el capital ahorrado por un afiliado al RAIS depende no solo de su ingreso base de cotización, sino también de su densidad de cotización, esto es, la regularidad con la que cotiza.

Consideremos el caso del primer ejemplo dado en el cuadro anterior: un pensionado hombre de 62 con un cónyuge de 57 (con las condiciones de tasas de rendimiento, deslizamiento de

salario mínimo y factor por cambio de beneficiarios que se aplican para el año actual de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 3099 de agosto de 2015), requiere para su pensión un valor de \$181.736.441. De dicho capital, el afiliado con una densidad de cotización promedio, habrá ahorrado cerca del 30% de ese valor a la edad de pensión, es decir su ahorro será aproximadamente de \$54.520.932. En el cuadro siguiente se estiman los montos que se aportan al FGPM, para gastos de Administración y para el pago del seguro previsional, incluyendo en el ejercicio los intereses que se pudieron capitalizar.

|                   |             |                                |             |                           |
|-------------------|-------------|--------------------------------|-------------|---------------------------|
| VALOR DE LA RENTA | 181.736.441 | SALDO DE LA CUENTA             | 54.520.932  | 11,5%                     |
| FGPM              | 7.111.426   | 1,5%%Gastos Administración AFP | 6.637.331   | 1,4% Cotiza Seguros       |
| Previsionales     | 7.585.521   | 1,6%Subsidio                   | 127.215.509 | 70,0%%Subsidio incluyendo |
| FGPM              | 120.104.083 | 66,1%Subsidio                  |             |                           |

En este punto es necesario destacar que el porcentaje de la cotización destinado al pago del seguro previsional, ampara a los afiliados y sus beneficiarios de las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, de conformidad con lo establecido en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, ya que las aseguradoras previsionales completan el capital faltante para financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en el RAIS de aquellos afiliados que no se puedan pensionar con los recursos acumulados en la cuenta individual y el bono pensional si hay lugar al mismo. Adicionalmente, el seguro previsional resulta muy importante en la medida en que las aseguradoras están obligadas a ofrecer la renta vitalicia a los afiliados o beneficiarios, según sea el caso, en tratándose de las pensiones de invalidez o muerte, como se expresa más adelante.

El RPM se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley, administrados por el entonces Instituto de Seguridad Social, ahora Colpensiones. Por su parte en el RAIS se incorporan y administran recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, el cual está basado en los recursos del ahorro personal, administrados en cuentas

de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado.

El problema no es que la ley que establezca una solidaridad del 0.5% frente al 3% que se lleva la AFP por gastos de administración; la problemática reside en un problema estructural en el diseño del RAIS pues, si bien, dichas administradoras se benefician de los rendimientos y el manejo de dichos recursos parafiscales y la administración de los aportes en un 3%, escapan de su obligación de ofrecer los respectivos seguros para la pensión de renta vitalicia por el hecho de que no les reporta ganancias, y por ello, buscan que el Estado asuma dicho riesgo. Por lo cual, se solicita a la Corte para que exhorte al Congreso para que evalúe esta situación y reestructure el régimen pensional en la modalidad de ahorro individual, o en lo que estime pertinente, con base en cálculos actuariales y estadísticas de vida más ajustadas a la realidad. En ese sentido la inexequibilidad defendida por algunos sectores coadyuvaría el incumplimiento de dicho deber por parte de las aseguradoras de las AFP del sector privado, dejando dicha carga al Estado, cuando han gozado de los beneficios económicos de la administración de los recursos pensionales de sus afiliados.

## B. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante Concepto No. 6254 del 9 de febrero de 2017, indica que no existe cosa juzgada respecto de las sentencias C-538 de 1996 y C-408 de 1994 al versar sobre cargos diferentes y en especial por el cambio de las normas examinadas al ser modificadas posteriormente por la Ley 797 de 2003. Adicionalmente solicita a la Corte Constitucional: (i) declararse inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda; (ii) en caso de que profiera una sentencia de fondo, declarar exequibles los artículos 20 y 65 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos examinados en la demanda; (iii) declarar inexequible la expresión “rentas y remuneraciones” contenida en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993.

## Ineptitud del cargo propuesto en contra del artículo 65 de la Ley 100 de 1993

Estima que no es cierto que el artículo 81 demandado disponga que los pensionados por vejez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la modalidad de retiro programado, una vez se agoten los recursos de su cuenta de ahorro individual para continuar recibiendo el monto de la pensión acordado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (AFP), se queden sin pensión, pues como lo ordena esa norma, siempre debe garantizarse la adquisición de una renta vitalicia de pensión mínima. Es por eso que para estos casos no es aplicable lo relativo a la Garantía de Pensión Mínima conforme a lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, pues es evidente que, contrario a lo argumentado en la demanda, tanto los afiliados como los pensionados del RAIS tienen garantizada la pensión mínima bajo el cumplimiento de determinados requisitos legales, de acuerdo con la situación de cada uno dentro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, conforme al principio de igualdad.

## Exequibilidad del artículo 65 de la Ley 100 de 1993

El Jefe del Ministerio Público solicita subsidiariamente la exequibilidad del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 81 de la misma ley, al considerar que se ajusta a la Constitución Política la posibilidad de que el legislador establezca un sistema dual de seguridad social, dentro del cual uno de los regímenes sea privado y se establezca que las empresas deban manejar con responsabilidad y diligencia los recursos públicos y privados que administran, bajo la vigilancia y el control del Estado, del tal forma que no encuentra una justificación constitucional la solicitud del demandante que el Estado, con los recursos del Fondo de Garantía de Pensión mínima, sustituya la responsabilidad de las AFP, a las que corresponde garantizar que los pensionados en ese régimen, bajo la modalidad de retiro programado, tengan en su cuenta de ahorro individual los recursos suficientes para tomar un

seguro de renta mínima vitalicia, so pena de ser sancionados y de tener que responder con su patrimonio para que ello sea posible.

De acuerdo con el Título III del Capítulo V, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a diferencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se establece una relación contractual entre el afiliado y la AFP para lograr un ahorro individual, así como un compromiso de aportes de solidaridad y la garantía de una protección integral en seguridad social. Las AFP administran las cuentas de ahorro pensional, bajo la vigilancia y el control del Estado, y estos recursos se invierten en Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que establezca el Gobierno Nacional, en consideración a la edad y perfil de riesgo de los afiliados. Así, las entidades administradoras deben garantizar una rentabilidad mínima del fondo y el Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento. Adicionalmente señala que al estudiar cómo funciona la garantía de renta mínima vitalicia de que trata el artículo 81, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, muestra cómo funciona en la actualidad la garantía de una pensión mínima vitalicia en la modalidad de retiro programado, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, pues evidencia que:

(i) Es responsabilidad de las AFP controlar que mientras se produce el retiro programado, el saldo de la cuenta de ahorro individual no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia;

(ii) Al momento de iniciar el retiro programado, el afiliado debe informar a la AFP, la aseguradora con la cual quisiera que se contrate la renta vitalicia, “en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad de Retiro Programado”;

(iii) La AFP debe informar al pensionado con cinco días de antelación a la adquisición de la póliza, que en adelante recibirá la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia y en qué condiciones sucederá;

(iv) Es obligatorio incluir en el contrato de retiro programado una cláusula que se refiera al artículo 81 de la Ley 100, especificando “que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia”;

(v) Además de las sanciones administrativas a que haya lugar, la AFP debe responder por los recursos que hagan falta para adquirir una renta vitalicia, si el saldo en la cuenta de ahorro individual fuere inferior para adquirirla, y la AFP no hubiese adoptado las medidas necesarias para evitar esa situación, como le correspondía hacerlo.

Expone el Procurador General de la Nación que la anterior es la manera como por vía reglamentaria se exige a las AFP el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 65 en armonía con el artículo 81 ambos de la Ley 100 de 1993, consistente en garantizar que en la cuenta de ahorro individual existan recursos suficientes para garantizar una pensión mínima vitalicia. En ese sentido, la AFP debe garantizar que siempre existan los recursos mínimos para adquirir una pensión de renta mínima vitalicia, en caso que en efecto suceda lo que el accionante menciona, es decir, que se acaben por completo los recursos de la cuenta individual, no tendría sentido exonerar de responsabilidad a la entidad que debió haber evitado que eso ocurriera, empleando los recursos públicos destinados a garantizar una pensión mínima para los afiliados, cuyo capital no sea suficiente para ello pero cumplan con determinados requisitos legales, incluso en detrimento de esta misma garantía, puesto que

como lo manifestó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en respuesta al cuestionario que le formuló la Corte, esta maniobra agotaría aceleradamente los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima Aclara el concepto de la Procuraduría General de la Nación que el significado del término descapitalización, empleado en el escenario de una pensión por retiro programado, hace referencia a que el afiliado, en lugar de contratar con una aseguradora, obtiene la pensión para sí o para sus beneficiarios de la AFP con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional, la cual sigue siendo administrada por el fondo de pensiones. Sin embargo, si el saldo de la cuenta se disminuye hasta tal punto que de ese monto solo sea posible obtener una pensión equivalente a un (1) smmlv, entonces la AFP debe contratar con una aseguradora una pensión mínima vitalicia.

.

#### Ineptitud del cargo propuesto en contra del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

Al analizar los apartes demandados del artículo 20, se evidencia que respecto del monto base de cotización vigente para el año 2003, en efecto hubo un aumento progresivo de cotización, correspondiente al 2%. Sin embargo, no es cierto que a los afiliados al RAIS les hayan cambiado intempestivamente las “reglas del juego”, ni que se haya establecido una doble carga para los trabajadores afiliados al RAIS que devenguen menos de 4 SMMLV, ni que se haya disminuido el porcentaje de cotización que ingresa a las cuentas de ahorro individual, ni exonerado al Estado de responder por los recursos para la garantía de pensión mínima.

Para evidenciar la falta de certeza en la lectura de la norma que el accionante efectúa, a continuación se muestra de manera sistematizada la información real sobre cómo opera el porcentaje de cotización y la distribución de los recursos antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. En sustento de ello el Jefe de la vista fiscal señala que las tablas 1 y 2 muestran el monto total de cotización para la pensión de vejez establecida para

los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con su texto original y con las modificaciones introducidas por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

TABLA NO. 1: Texto original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

| Año       | Porcentaje       |                |
|-----------|------------------|----------------|
|           | Menos de 4 SMMLV | Más de 4 SMMLV |
| 1994      | 11.5%            | 12.5%          |
| 1995      | 12.5%            | 13.5%          |
| 1995-2003 | 13.5%            | 14.5%          |

TABLA NO. 2: Texto modificado del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

| Año       | Porcentaje       |                |
|-----------|------------------|----------------|
|           | MENOS DE 4 SMMLV | MÁS DE 4 SMMLV |
| 2004      | 14.5%            | 15.5%          |
| 2005      | 15%              | 16.0%          |
| 2006-2017 | 15.5%            | 16.5%          |

De otro lado, las tablas 3 y 4 muestran la destinación de los recursos provenientes de los aportes efectuados por los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para la pensión de vejez, establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con su texto original y con las modificaciones introducidas por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

TABLA NO. 3: Texto original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

Año                      Cuenta de ahorro individual                      Pensiones de invalidez y de sobre vivientes.  
 Gastos de administración del sistema, incluida la prima de reaseguro con el fondo de  
 garantías                      Fondo de Solidaridad pensional

Fondo

de Garantía

de Pensión Mínima del RAIS

|           |     |      |     |    |
|-----------|-----|------|-----|----|
| 1994      | 8%  | 3.5% | *1% | 0% |
| 1995      | 9%  | 3.5% | *1% | 0% |
| 1995-2003 | 10% | 3.5% | *1% | 0% |

TABLA NO. 4: Texto modificado del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

Año

Cuenta de

ahorro individual

Pago de pensiones de invalidez y de sobrevivientes. Gastos de administración del  
 sistema, incluida la prima de reaseguro con el fondo de garantías

Fondo de Garantía

de Pensión Mínima del RAIS                      Fondo de solidaridad pensional

|      |       |    |      |     |
|------|-------|----|------|-----|
| 2003 | 10%   | 3% | 0.5% | *1% |
| 2004 | 10%   | 3% | 1.5% | *1% |
| 2005 | 10.5% | 3% | 1.5% | *1% |

Cada quinquenio a partir del

|      |       |    |      |                                         |     |
|------|-------|----|------|-----------------------------------------|-----|
| 2006 | 10.5% | 3% | 1.5% | El Gobierno distribuye entre CAI y FGPM | *1% |
|------|-------|----|------|-----------------------------------------|-----|

De la información anteriormente tabulada extrae las siguientes conclusiones: (i) Las reglas del juego no fueron modificadas en detrimento de los cotizantes del RAIS, puesto que desde 1994 -año siguiente a la promulgación de la Ley 100-, se estableció un crecimiento progresivo del monto base de cotización representado en el aumento de medio o un punto porcentual durante cada anualidad, en desarrollo de la progresividad que caracteriza al sistema de seguridad social diseñado en esa ley, como se evidencia por ejemplo, en su preámbulo y en los artículos 2 y 3; (ii) La modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 tampoco estableció una doble carga para los trabajadores que devengan menos de 4 SMMLV, puesto que de acuerdo con el inciso 12 del artículo 20 reformado, únicamente quienes superen ese monto deben contribuir con un 1% al fondo de solidaridad pensional, de la misma forma prevista en el texto original; (iii) en lugar de disminuir, el porcentaje de la cotización que ingresa a las cuentas de ahorro individual ha ido en aumento; no solamente en el texto original de la norma, sino también en desarrollo de sus modificaciones. Este rubro empezó siendo del 8%, en virtud de la modificación del artículo 20 subió al 10%, y hoy en día oscila cada 5 años entre el 10.5% y el 12%, de acuerdo con la decisión que adopte el Gobierno Nacional con base en los cálculos financieros y actuariales a que haya lugar; (iv) una de las novedades más importantes después del año 2003, es que se estableció la obligación de contribuir con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en cabeza de los afiliados. Sin embargo, ello no implica que el Estado se libere de responder por estos recursos, según se desprende del artículo 65 del mismo cuerpo normativo.

#### Exequibilidad del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

En cuanto a la solidaridad como parámetro de constitucionalidad, debe tenerse en cuenta que es uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho (art. 1 CP) y que es un deber de los ciudadanos obrar de conformidad con este principio (art. 95, ordinal 2°, ibídem), y que a la vez es uno de los principios constitucionales del servicio público de seguridad social (art. 48 ibídem). Por otro lado, el texto superior establece respecto a la financiación del sistema de seguridad social en pensiones que debe estar orientado por el principio de

corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia en la protección de las personas de la tercera edad (art. 46 CP); y por el principio de progresividad en la cobertura de la seguridad social de acuerdo con los servicios previstos en la ley, a cargo del Estado y con la participación de los particulares (art. 48 superior).

A la luz de los postulados constitucionales sobre la solidaridad, la financiación del sistema de seguridad social en pensiones y el deber de contribución, se evidencia que no es inexequible restarle de un 0.5% al 3.5% que estaba previsto inicialmente, al pago de pensiones de invalidez y de sobrevivientes, para destinarlo al Fondo de Garantía de Solidaridad Mínima, y aumentar la cotización base en un 1% para contribuir con este mismo fondo, el cual fue inicialmente financiado únicamente por el Gobierno Nacional. Por eso, el aumento en la base de cotización para contribuir con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como una contribución parafiscal destinada a cubrir los gastos de financiación del Sistema de Seguridad Social, el cual se rige, desde una perspectiva constitucional, entre otros, por el principio de la solidaridad, ha sido progresivo desde la expedición de la Ley 100 de 1993; por lo cual no resulta ser una carga desproporcionada, ni gravosa.

Ineptitud del cargo propuesto en contra del artículo 84 de la Ley 100 de 1993

El Ministerio Público considera que los argumentos reseñados en los numerales i) y ii) no son suficientes para proferir una sentencia de fondo por parte de la Corte Constitucional, debido al incumplimiento del requisito de certeza al indicar que: (i) no se efectúa una lectura objetiva de la norma el hecho de considerar la posibilidad que se acumulen los ingresos de los afiliados con los de los beneficiarios, puesto que al analizar el sentido del lenguaje empleado por el legislador se deduce con facilidad que no es posible acumular los ingresos de varias personas para aplicar la excepción a la garantía de la pensión mínima, pues la expresión “según el caso”; (ii) respecto a la no aplicabilidad de la GPM para los pensionados, se evidencia que ella no emana de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 100, de acuerdo con el análisis constitucional del artículo 20 de la misma ley.

## Inexequibilidad del artículo 84 de la Ley 100 de 1993

Para la Vista Fiscal resulta inconstitucional exceptuar la garantía estatal de pensión mínima, cuando la sumatoria de las rentas y remuneraciones del afiliado o de sus beneficiarios supere un salario mínimo, puesto que ello desconoce el derecho a la seguridad social, en concordancia con el deber de protección a la vejez y el derecho al mínimo vital, así como la definición del Estado Social de Derecho. En efecto, uno de los objetivos del Estado Social de Derecho es “combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección” Cita original. Sentencia C-613 de 2013.

Al analizarse el aparte demandado del artículo 84 de la Ley 100, se observa su disconformidad con la Constitución Política, puesto que exceptuar de la garantía de pensión mínima, a las personas que cuentan con otro ingreso distinto a una pensión es contrario a la igualdad, al deber de protección a las personas de la tercera edad y al derecho a la seguridad social, en el marco de la definición jurídico política del Estado colombiano. A pesar de que se trata de personas que no cumplen con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, el legislador creó la garantía estatal de pensión mínima en uso de su amplia potestad de configuración legislativa para establecer mecanismos de acceso al derecho a la seguridad social; y en cumplimiento de los deberes estatales de adoptar medidas a favor de grupos marginados, de proteger a las personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y de proteger a las personas de la tercera edad.

Es contrario a la Constitución que a pesar de que un afiliado o sus beneficiarios cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para que el Estado complete con recursos públicos el capital necesario para acceder a una pensión mínima, esta garantía no le sea otorgada porque posee rentas y remuneraciones equivalentes o superiores

a un salario mínimo, distintas a una pensión. Ello va en contravía del propósito mismo de la pensión de vejez, como dimensión de la seguridad social, puesto que esos ingresos no tienen la virtualidad de asegurar las contingencias de la tercera edad, garantizando de manera irrestricta unas condiciones mínimas de subsistencia hasta el final de la vida.

Finalmente, manifiesta el representante del Ministerio Público que en términos de acceso efectivo a la seguridad social, no son equiparables las pensiones, las rentas y las remuneraciones, por eso, es necesario que la única excepción a la garantía de pensión mínima de vejez sea la existencia de otras pensiones, pues de lo contrario no se garantizarían los medios suficientes para satisfacer las necesidades básicas de las personas de la tercera edad.

## II. CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA

1. En virtud de lo establecido en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución la Corte en principio es competente para conocer la demanda de inconstitucionalidad de la referencia dado que se dirige en contra de las expresiones contenidas en una ley de la República (Ley 100 de 1993).

#### A. CUESTIONES PREVIAS

Inexistencia de cosa juzgada

2. Acorde con lo indicado por el demandante y algunos intervinientes respecto de la eventual configuración de cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estudiado en la sentencia C-408 de 1994 y los artículos 65 y 84 de esa misma ley encontrados constitucionales en la sentencia C-538 de 1996. Le corresponde a este tribunal determinar si en el presente caso se configura este fenómeno procesal. En efecto, tal y como lo advierten algunos intervinientes la Corte en la sentencia C-007 de 2016 MP. Alejandro Linares Cantillo.

sintetizó los distintos criterios sobre la tipología de la cosa juzgada, sus efectos y los eventos en los que se debilitan, resaltados de la siguiente forma:

| Tipología | Efectos | Debilitamiento |
|-----------|---------|----------------|
|-----------|---------|----------------|

Surgen seis tipos de sentencias según la combinación que se haga de ellas. Así es posible identificar en la práctica de este Tribunal sentencias que hacen:

(1) tránsito a cosa juzgada formal absoluta,

(2) relativa explícita y

(3) relativa implícita, de una parte, y providencias que hacen

(4) tránsito a cosa juzgada material absoluta,

(5) relativa explícita y

(6) relativa implícita. Ellas son el resultado de la forma en que se relacionan en cada caso el objeto de control y los cargos de inconstitucionalidad.

(i) si la decisión previa fue de inexequibilidad y existe cosa juzgada formal la Corte deberá limitarse a estarse a lo resuelto; (ii) si la decisión previa fue de inexequibilidad y existe cosa juzgada material, la Corte deberá estarse a lo resuelto y declarar nuevamente la

inexequibilidad de la disposición por desconocimiento del artículo 243 de la Constitución;

(iii) si la decisión previa fue de exequibilidad y existe cosa juzgada formal la Corte deberá limitarse en su pronunciamiento a estarse a lo resuelto; y

(iv) si la decisión previa fue de exequibilidad y existe cosa juzgada material, las consideraciones de la sentencia se erigen en un precedente relevante que la Corte puede seguir, disponiendo estarse a lo resuelto y declarando exequible la norma, o del que puede apartarse con el deber de exponer razones suficientes que puedan justificar una decisión de inexequibilidad”.

(i) modificación del parámetro de control,

(ii) cambio en la significación material de la Constitución y

(iii) variación del contexto normativo del objeto de control.

Cargo examinado en la sentencia C-408 de 1994 y respuesta constitucional

3. En la demanda de constitucionalidad que culminó con la sentencia C-408 de 1994 la Corte analizó los artículos 11, 13 literal d), 14, 17, 18 párrafo 3o., 20, 29, 44, 48, 53, 60 literal c, 161, 168, 194 a 197, 204, 236, 242 (parcial), 273, 279 (parcial) y 288 de la Ley 100 de 1993 en su versión original por el desconocimiento de los artículos 152, 153 y 56 de la Constitución Política. En lo que atañe al cargo formulado en contra del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 fue analizado en conjunto con otras disposiciones, así este tribunal señaló que “sobre el contenido de los artículos 11, 17, 18 inciso 3o., 20, 60-3, 204 y 288 de la Ley 100, “debe precisarse que conforme al artículo 150-19 literal e) de la Constitución únicamente el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es objeto de una ley marco. Es decir que lo que no tenga ese carácter es materia de regulación por medio de una ley ordinaria” (subrayado y negrita fuera de texto).

4. De igual modo el análisis del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 Artículo declarado

exequible en el resolutivo tercero “Declarar EXEQUIBLES, el artículo 11 en la parte que dice: “Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”; 13 literal d); 17; 18 párrafo 3; 20; 44, en la parte que dice: “...Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado”,.... “...a su costa”; 60 literal c); 168; 193, en la parte que dice: “el Gobierno podrá establecer un régimen de estímulos salariales y no salariales los cuales en ningún caso constituirán salario”; 194; 195; 196; 197; 204; 236 en la parte que dice: “en un plazo de cuatro años a partir de la vigencia de esta ley, éstos pagarán las cotizaciones dispuestas en el artículo 204”, y en la parte que dice: “con el carácter de plan complementario, en los términos del artículo 169.”; 242 en la parte que dice: “A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable.”; 273 y 288 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” (subraya y negrita fuera de texto).

también se resolvió de manera conjunta con otras normas acusadas de la misma ley tal y como se transcribe a continuación:

“Artículos 11, 17, 18 párrafo 3o., 20, 60 numeral 3o., 204, 288, 236 (“y demás normas que regulan de alguna manera a los empleados públicos, ya que la regulación en relación a ellos tiene que ser mediante una ley marco”).

Las leyes marco, son una técnica legislativa que partiendo de la colaboración armónica de los poderes públicos, organiza una concurrencia entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, de manera que el primero dictará normas generales y señalará objetivos y criterios, y el segundo adecuará las anteriores materias a las necesidades de ejecución mediante decretos reglamentarios que deben someterse a aquellas. La flexibilidad exigida en este tipo de funciones, sumada a las exigencias casuísticas y extremas de la regulación que debe ordenarlas, ha justificado la adopción de la mentada técnica legislativa; pero no puede entenderse ésta como un privilegio legislativo del Gobierno sobre el órgano legislativo, el cual conserva la competencia para avanzar en la elaboración de las leyes marco hasta el

detalle, fijando objetivos y criterios que según la generalidad propia de ese tipo de leyes puede ser de mayor o menor alcance.

La distribución de competencias entre el legislativo y el Gobierno en las materias en que pueden expedirse leyes marco, no obedece a una delimitación estricta y rigurosa en virtud de la cual se asignase al primero cierto grado de generalidad y al segundo ciertos grados de particularidad. La fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, debe entenderse como un acto de ejecución reglamentario que no puede limitar en ningún caso la función legislativa a cargo del Congreso, como lo pretenden los demandantes.

Adicionalmente resulta equivocado el cargo, ya que la ley no regula el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, sino, un derecho constitucional como la seguridad social, que se refiere no solamente a los trabajadores, sino a toda persona, aunque no tenga esa condición”.

Cargo examinado en la sentencia C-538 de 1996 y respuesta constitucional

5. La Corte Constitucional en la citada sentencia se ocupó de examinar la constitucionalidad de los artículos 65, 83 y 84 de la Ley 100 de 1993 en su versión original por la vulneración de los artículos 1, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución. En dicha oportunidad el Pleno consideró que el planteamiento del cargo de la demanda se sintetizaba de la siguiente forma:

“El demandante, en esencia, considera que las normas demandadas son inconstitucionales, bajo la óptica en que las interpreta, porque en materia de garantía de pensión mínima consagran un tratamiento discriminatorio para aquéllas personas que escogen el régimen

pensional de ahorro individual con solidaridad, frente a las personas que optan por el régimen de prima media con prestación definida, como surge de la comparación de las disposiciones que consagran uno y otro régimen”.

6. En ese sentido, la sentencia C-538 de 1996 se planteó responder un cargo de igualdad al dilucidar “si el trato diferenciado relativo a la pensión mínima de vejez, en el sistema de ahorro individual, frente a la pensión mínima de vejez, en el sistema de prima media tiene una justificación objetiva, racional y razonable y proporcionada a la finalidad buscada por el legislador” Ibídem.

. En tal virtud, la Corte consideró exequibles los artículos 65, 83 y 84 de ley 100 de 1993 al señalar lo siguiente:

“La dualidad de regímenes, de otra parte, ejercita y estimula como lo quiso el legislador la competencia en el sector público y el privado, lo cual redundará en beneficio de la eficacia y eficiencia de los servicios de seguridad social. Hacer una igualación de los regímenes, mediante la reducción a uno de dichos sistemas, de lo que concierne a los aspectos básicos de la pensión mínima, esto es, en cuanto a su estructura, financiamiento u operatividad, puede significar la desaparición de dicha competencia y favorecer a los fondos privados de pensiones en perjuicio del Instituto de Seguros Sociales, aparte de que limitaría las opciones que tienen los destinatarios del servicio para escoger el régimen que más convenga a sus intereses o particulares situaciones.

No encuentra la Corte, en consecuencia, que las normas acusadas que hacen parte del universo del sistema de ahorro individual, por sí mismas, esto es, por su contenido material, sean inconstitucionales, como el propio demandante lo acepta. Tampoco halla que sean inconstitucionales, por no obedecer al mismo diseño de las normas sobre pensión mínima del sistema de prima media, particularmente en lo que atañe con la garantía a que alude el art. 138. Aceptar el argumento del actor, so pretexto de proteger el derecho a la igualdad, para

declarar una exequibilidad condicionada, como lo sugiere respecto de los arts. 65 y 83, conduce a que la Corte suplante al legislador, en su labor autónoma de creación de las normas jurídicas que rigen cada uno de los dos regímenes de pensiones” (subraya fuera de texto).

#### Constatación de la inexistencia de cosa juzgada

7. La cosa juzgada relativa, regla general del control de constitucionalidad vía acción, se configura ante la concurrencia de dos requisitos a saber: (i) que la norma acusada de inconstitucionalidad reproduzca el mismo contenido normativo estudiado en una sentencia anterior y, (ii) que el examen de constitucionalidad se fundamente en idénticas razones, incluyendo el referente constitucional o la norma presuntamente vulnerada. Por lo cual, sólo en presencia de estas dos condiciones la decisión deberá estarse a lo resuelto. Es por ello que al cotejar los cargos analizados en las sentencias C-408 de 1994 y C-538 de 1996 con los planteados en la presente sentencia se concluye que no existe identidad en el concepto de la violación, ni en lo referente a las normas estudiadas, pues la versión original del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estudiado fue modificado con la Ley 797 de 1993, tal y como se ilustra a continuación:

C-408 de 1994

C-538 de 1996

Expediente D-11715

Cargos analizados

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es objeto de una ley marco (CP.150). Igualdad entre los afiliados al RPM frente a los del RAIS (CP. 13)

Artículo 20 de la Ley 100 de 1993: (i) menoscabo de los derechos de los afiliados al RAIS mediante la disminución de la capacidad de ahorro (CP. 53) y (ii) desconocimiento del principio de solidaridad en materia pensional al no poder acceder al FGPM (CP.48).

Artículo 65 Ibíd. La expresión “afiliado” desconoce desproporcionadamente el mandato de trato igual entre iguales (CP.13) al negar a los “pensionados” acceder a los beneficios del FGPM.

Normas demandadas                      Artículo 20 original de la Ley 100 de 1993 y otros.                      Artículos 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 y otros.                      Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículos 65 y 84 Ibíd.

8. De lo anterior se derivan tres conclusiones respecto del análisis de cosa juzgada respecto de los fallos de 1994 y 1996.

a) En relación con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, adicional a que el cargo analizado en la sentencia C-408 de 1994 por desconocimiento del artículo 150 constitucional difiere del formulado en la presente demanda en contra de los artículos 48 y 53 de la Carta Política. Se observa que la norma objeto de control no es la misma, toda vez que fue modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, máxime cuando con dicha reforma legal surgió la obligación por parte de los afiliados del RAIS de contribuir en un 0.5% con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por estas razones se constata que frente al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no se incurre en la prohibición del artículo 243 Superior y por ello es admisible su estudio en la presente sentencia.

b) Frente a los artículos 65 y 84 Ibíd, esta Corte concluye que si bien existe identidad entre las normas juzgadas en el fallo de 1996, no existe cosa juzgada al variar uno de los elementos que configura dicha prohibición, consistente en la modificación del parámetro de control Ver numeral 2.

, pues con el Acto Legislativo 01 de 2005 se introdujo una importante reforma constitucional al artículo 48 Superior relativo al derecho a la seguridad social en pensiones.

c) Asimismo existe diversidad entre los cargos analizados en la sentencia C-538 de 1996 y los presentados en la presente acción así: (i) la providencia antes señalada declaró exequible el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 por el cargo de igualdad al no existir discriminación entre los afiliados del RAIS y RPM, mientras que la demanda radicada D-11715 el eventual desconocimiento del derecho a la igualdad se presenta entre los afiliados al RAIS y los pensionados de ese mismo régimen pensional en la modalidad de renta vitalicia; (ii) en dicha oportunidad la Corte no realizó un pronunciamiento expreso sobre el artículo 84 Ibíd, pues el análisis se centró en las diferencias existentes en la dualidad de regímenes pensionales, mientras que en el asunto sub lite se acusa a las expresiones “rentas y remuneraciones” que tenga el afiliado o sus “beneficiarios” de desconocer el artículo 48 de la Constitución Política por la indefinición de su alcance.

#### Aptitud de la demanda

9. En la sentencia C-247 de 2017 la Corte se declaró inhibida de conocer la demanda presentada en contra del artículo 246 (parcial) del Código Civil, por ineptitud sustantiva de la demanda al considerar que no se formuló un cargo cierto respecto de la vulneración al principio de igualdad (arts. 13 y 42 de la CP). En esta oportunidad el Pleno de esta Corporación reiteró los elementos que deben tenerse en cuenta para la conformación de un cargo de inconstitucionalidad. Estos requisitos fueron desarrollados en las sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005 en los que se precisó que el alcance de los mínimos argumentativos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, al decir que hay claridad cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay certeza cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; hay especificidad cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; hay pertinencia cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y hay suficiencia cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es,

cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

y consideró que “se puede afirmar que la Corte al realizar un análisis detallado de los requisitos de procedibilidad de la demanda, puede emitir un fallo inhibitorio. Cabe anotar que el análisis que realiza la Corte ya contiene las intervenciones de las entidades oficiales, academia, ciudadanos y el Ministerio Público, y dichas opiniones y conceptos son considerados por este tribunal al momento de tomar una decisión, en la medida que, contienen elementos de juicio relevantes. En este sentido, si alguno de los intervinientes en la demanda conceptúa sobre la aptitud de la demanda, esta cuestión puede, y cuando hay solicitud sobre el particular, debe ser analizada por la Sala, incluso con posterioridad al auto admisorio de la demanda” Sentencia C-247 de 2017 MP. Alejandro Linares Cantillo.

. En ese sentido dado que varios de los intervinientes solicitaron a la Corte la declaratoria de inhibición le corresponde a este tribunal constitucional efectuar un análisis del cumplimiento de la carga para conformar un cargo de inconstitucionalidad por parte de la presente demanda.

a) Vulneración del derecho al no menoscabo de los derechos de los trabajadores (CP.53) y al desconocimiento del principio de solidaridad en materia pensional (CP.48) por parte del artículo 20 (parcial) de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2007

Desconocimiento del mandato de no menoscabo de los derechos de los trabajadores

10. Frente a la acusación del artículo 20 (parcial) de la Ley 100 de 1997 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 por la vulneración del principio de no menoscabo de los derechos de los trabajadores (CP.53) expresa el actor que las expresiones acusadas establecen una carga desproporcionada y excesiva a los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues en su sentir, la reforma pensional introducida con la Ley 797 de 2003 menoscabó los derechos de los cotizantes activos mediante la disminución del

capital aportado periódicamente para la consolidación del derecho pensión. Argumenta que la mengua de la capacidad de ahorro de capital de la cuenta individual para financiar su pensión de vejez, es evidente al considerar que del 16% del aporte se descuenta: (i) un 0.5% para los afiliados que tienen un ingreso mensual inferior a cuatro (4) Smmlv, o (ii) un 1.5% para los que tengan ingresos iguales o superiores al anterior monto, los cuales son destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima - FGPM y a las cuentas de ahorro pensional y, (iii) en general un 3% para los gastos de administración del fondo privado.

11. En efecto el inciso final del artículo 53 de la Constitución relativo a los principios mínimos fundamentales que deben regir en el mundo del trabajo dispone que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. El alcance del concepto de no menoscabo abordado por este tribunal constitucional involucra necesariamente en materia pensional la existencia de un derecho adquirido sobre el cual recaiga dicha limitación, pues este mandato resulta inoperante ante situaciones legales no consolidadas sujetas a las reformas legales que el legislador en el ámbito de la libertad de configuración (CP. 150.2) estime necesarias para el cumplimiento del deber de dirección, coordinación y control del Estado del servicio de la seguridad social en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (CP.48) En un primer momento en la sentencia C-168 de 1995 al estudiar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 atinente al tránsito normativo entre los regímenes pensionales derogados con la entrada en vigencia de la Ley del Sistema General de Pensiones, definió en esa oportunidad que el alcance del menoscabo de los derechos del trabajador, contenido en el artículo 53 CP de la siguiente forma: “el significado de la expresión a que alude el demandante. “Menoscabar”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene entre otras acepciones la de “Disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas”. “Causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”. Quiere esto decir, que el constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma? Para la Corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los “derechos adquiridos”, conclusión a la que se llega haciendo un análisis sistemático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta. Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege “derechos” que no son derechos, lo cual no se ajusta al

Ordenamiento Superior, como se consignó en párrafos anteriores (subraya fuera de texto).

(...)

En este orden de ideas, no le asiste razón al demandante, pues la reiteración que hace el Constituyente en el artículo 53 de que no se menoscaben derechos de los trabajadores, no tiene el alcance que arguye el actor, sino el de proteger los derechos adquiridos de los trabajadores, mas no las simples expectativas” (subraya fuera de texto).

.

12. La Corte al estudiar la constitucionalidad de una modificación al régimen pensional de algunos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación -artículo 2 del Decreto Ley 2090 de 2003- examinó en la sentencia C-853 de 2013 el cargo de menoscabo de los derechos de los trabajadores considerando que dicho cambio normativo se ajustaba a la Carta al fundamentarse la razón de la decisión en que “La prohibición de no menoscabo de los derechos laborales y sociales por parte de leyes posteriores, recae sobre derechos adquiridos por el trabajador y no sobre expectativas sujetas a modificación por parte de la autoridad competente. Es así como la inclusión o exclusión en una actividad de alto riesgo obedece a un criterio objetivo, que en el evento de desaparecer conduce al decaimiento de la garantía que lo amparaba”.

13. Ahora bien, el artículo 20 original de la Ley 100 de 1993 disponía inicialmente una tasa de aumento progresivo de cotización calculado sobre el salario base, empezando por un 8% para el año de 1994, 9% en 1995 y del 10% a partir de 1996. Ante la insuficiencia actuarial del porcentaje de cotización para financiar una pensión de vejez en el RAIS con la Ley 797 de 2003 se incrementó dicha tasa al 13.5% disponiendo otro incremento gradual, por lo que a partir del año 2004 la tasa sería del 14.5%, en el 2005 del 15%, en el 2006 en un 15.5% y tras un análisis bianual del crecimiento del PIB en el 2008 del 16%. Es decir, desde que entró en vigencia la ley del sistema general de pensiones la tasa de cotización a pensión de vejez ha tenido un paulatino incremento, así:

|      |      |      |       |       |      |       |      |
|------|------|------|-------|-------|------|-------|------|
| 1994 | 1995 | 1996 | 2003  | 2004  | 2005 | 2006  | 2008 |
| 8%   | 9%   | 10%  | 13.5% | 14.5% | 15%  | 15.5% | 16%  |

14. En lo que atañe al aporte de los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Fondo de Garantía de Pensión Mínima de ese régimen pensional, se tiene que los incisos finales de la norma original acusada ya contemplaban dicho descuento, del siguiente tenor: “Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un punto porcentual (1%) sobre su base de cotización, destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, previsto por los artículos 25 y siguientes de la presente ley. La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al Fondo de Solidaridad Pensional, el punto porcentual adicional a que se refiere el inciso anterior, dentro de los plazos que señale el Gobierno Nacional”, aporte que se mantuvo en la modificación efectuada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, con la diferencia de que para los afiliados que cotizan por debajo de los 4 smmlv tienen a cargo un 0.5% de aporte al FGPM. No obstante el actor no diferenció si la acusación del menoscabo recaía exclusivamente en el grupo de los afiliados de menores ingresos al indicar que “se creó una contribución obligatoria para todos los afiliados del RAIS” incurriendo en falta de claridad y de certeza, pues como se demostró dicho aporte ya existía en la norma original del sistema pensional destinado al Fondo de Solidaridad Pensional.

|          |            |            |            |          |      |    |
|----------|------------|------------|------------|----------|------|----|
| 1-3 smml | 4-16 smml  |            |            |          |      |    |
| 16-17    |            |            |            |          |      |    |
| smml     | 17-18 smml | 18-19 smml | 19-20 smml | >20 smml |      |    |
| 0.5%     | 1%         | 1.2%       | 1.4%       | 1.6%     | 1.8% | 2% |

16. Por otro lado, el argumento del actor carece de certeza en el sentido de acusar de

violatoria del derecho de menoscabo de los derechos del trabajador contenido en el inciso final del artículo 53 de la Constitución a las expresiones que disponen un aporte del 0.5% o el 1% según el caso, toda vez que la tasa de cotización no constituye un derecho adquirido para que permanezca sin modificaciones. De hecho, ha sido incrementada siete veces desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

#### Desconocimiento del principio de solidaridad pensional

17. Frente a la vulneración del principio de solidaridad en materia pensional (CP.48) el actor aduce que la imposición de la contribución para el FGPM desconoce ese mandato ya que pese a que durante toda su historia laboral aportó un porcentaje al FGPM dicha financiación no es retribuida al afiliado sea por: i) poseer rentas o ingresos adicionales en conjunto con sus beneficiarios o ii) cuando el capital de la cuenta individual se descapitaliza en razón de la longevidad o la indexación, se niega injustificadamente el acceso al FGPM, constituyendo una especie de enriquecimiento sin causa. Adicionalmente manifiesta que con ello se altera la estructura del régimen de ahorro individual, el cual, precisamente consiste en que cada afiliado con su esfuerzo personal ahorra para su pensión, y no en beneficio de otros cotizantes, puesto que si ese fuera el propósito tendría la opción de trasladarse al régimen de prima media cuya estructura está inspirada precisamente en la solidaridad del fondo común.

18. Encuentra la Sala que la aseveración del demandante en cuanto a la desnaturalización del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la imposición de una carga de contribución a un fondo social para que otros afiliados de su mismo régimen puedan acceder a una pensión carece de certeza al recaer en una interpretación subjetiva del actor del alcance de este régimen, que aunque financiado principalmente con ahorros individuales involucra un componente de solidaridad. Al respecto la Corte en la sentencia C-422 de 2016 al estudiar precisamente la naturaleza de los recursos parafiscales depositados en las cuentas individuales del RAIS sostuvo que “El régimen de ahorro individual con solidaridad

(RAIS) definido como “el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”. Este régimen está basado en “el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados” (subraya fuera de texto). De lo que se desprende con claridad que la afiliación a una AFP del RAIS no comporta una excepción a los deberes de solidaridad pensional que irradian al servicio público de la seguridad social ya sea que sea prestado por el Estado o por particulares en función del artículo 48 constitucional.

19. En lo que atañe a la teleología del principio de solidaridad dentro del sistema pensional resulta pertinente traer a colación la interpretación que hizo esta Corte en la sentencia C-078 de 2017 sobre este principio, al examinar la imposibilidad de cotizar por encima de los 25 smmlv establecida en el artículo 5 (parcial) de la Ley 797 de 2003 con el fin de obtener una mesada equivalente a dicho tope. En dicha oportunidad este tribunal concluyó que:

“[E]n los sistemas de seguridad social no se presenta una relación contractual sinalagmática o estrictamente conmutativa entre lo que aporta el contribuyente al sistema y lo que posteriormente recibe, realidad que permite que no se dé una relación estrictamente proporcional entre la cotización obligatoria y el monto de la pensión (...) De todo lo anterior puede concluirse que las limitaciones al derecho a la igualdad y al principio de solidaridad introducidas por la norma acusada son proporcionales y entran en el ámbito de la libre configuración legislativa del Congreso de la República, por lo cual no desconocen la Constitución” (subraya fuera de texto).

20. De cara a la anterior precisión sobre el alcance del principio de solidaridad se constata que el cargo adolece de certeza en la medida que la contribución de un afiliado al FGPM no

genera per se un derecho a reclamar a dicho fondo público los aportes afiliados o solicitar un beneficio pensional adicional como si se tratara de una obligación sinalagmática entre el cotizante y la AFP o el fondo administrador de la garantía de pensión mínima. Ello en armonía con lo expresado por esta Corporación en la sentencia C-237 de 1997 en la que se indicó que “el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”. Máxime cuando según informe del MHCP con el recaudo de la contribución de solidaridad dicho fondo ha reconocido 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima Ver literal B. Decreto de pruebas, pregunta c).

.

21. El argumento de que la titularidad de otras rentas o la suma de los ingresos de sus beneficiarios constituye una barrera de acceso a la garantía de pensión mínima no es claro, toda vez que dentro del artículo 20 acusado parcialmente no se encuentra dicha disposición sino que dicha excepción se consagra en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, por lo que lo correspondiente es abordar su análisis en el respectivo cargo. Por otro lado, en lo que refiere a la situación fáctica de descapitalización de la cuenta individual en razón de la longevidad, indexación o indeterminación de los beneficiarios, no es cierto que el origen de la disminución de la cuenta personal se origine en el establecimiento de un porcentaje de aporte al FGPM, pues como bien lo indicaron algunos intervinientes y el Ministerio Público este fenómeno obedece a factores ajenos a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, toda vez que por virtud de los artículos 80, 81 y 83 Ibíd., le corresponde a las AFP garantizar que sus pensionados bajo la modalidad que elijan -renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida-, tengan en su cuenta de ahorro individual los recursos suficientes para tomar una póliza de aseguramiento.

b) Desconocimiento del mandato de trato igual (CP.13) por parte del artículo 65 de la Ley 100 de 1993

22. En cuanto a la acusación del artículo 65 (parcial) de la Ley 100 de 1993 argumenta el actor la expresión “afiliado” desconoce el mandato de trato igual entre iguales (CP.13) al negar al grupo de los “pensionados” acceder a los beneficios del fondo GPM, en la medida que estos últimos durante la afiliación hicieron aportes a la solidaridad, pero no pueden beneficiarse de la garantía de la pensión mínima en los eventos en los que por superar la expectativa de vida con base en la cual se calculó la pensión o por la indexación anual, la cuenta queda sin recursos para seguir proporcionando el pago de una mesada mínima, vulnerando con ello además la garantía del mínimo vital, pues el mecanismo de prevención ante el desfinanciamiento de la cuenta individual no cumple con su propósito, toda vez que las aseguradoras no están ofertando el seguro de renta vitalicia o lo hacen a costos muy altos impidiendo la garantía de pago de una pensión mínima.

23. Frente a esta consideración del demandante se repite el argumento circular y carente de pertinencia de la existencia de un problema de la norma acusada de cara a la Constitución siendo un tema propio de una situación fáctica en el desarrollo del mercado asegurador. Por otro lado, pese a que indica que existe un grupo discriminado –pensionados- frente a los beneficiados con la Garantía de Pensión Mínima –afiliados- no demuestra porque los pensionados deben recibir un trato equivalente a los afiliados. Siendo evidente que el problema fáctico además radica en la elección de los afiliados sobre la modalidad pensional que prefieren libremente dentro del RAIS, puesto que si de conformidad con su capacidad de ahorro prefieren una renta vitalicia inmediata (art. 80 Ley100/93) con posibilidades de una mesada superior al salario mínimo, posteriormente no puede endilgarse un problema constitucional a la norma acusada, por no permitirles a su vez, beneficiarse de la modalidad de retiro programado (art. 81 Ley 100/93), a afiliados que desde un inicio tienen previsto que accederán a una mesada equivalente a un (1) salario mínimo en el evento de hacerse efectiva la GPM.

24. De igual modo se evidencian notables diferencias entre los grupos presentados impidiendo que de modo pro actione el cargo pueda ser analizado ante la inexistencia de un

tertium comparationis, tal y como se ilustra en el siguiente cuadro:

| Afiliado al RAIS                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Pensionado del RAIS                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|
| Cuenta con una expectativa de adquirir una pensión                                                                                                                                                                                                                                                  | Al consolidar el derecho pensional  |
| disfruta de una mesada bajo la modalidad de renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, según el caso                                                                                                                                            |                                     |
| Se ubica en el grupo etario inferior a los 57 años (mujeres) y 62 años (hombres)                                                                                                                                                                                                                    |                                     |
| Cuentan con edades superiores a los 57 años (mujeres) y 62 años (hombres)                                                                                                                                                                                                                           |                                     |
| Realiza cotizaciones a pensión y salud sobre el 16%                                                                                                                                                                                                                                                 | No realiza aportes a pensión y solo |
| a salud sobre el 4% según el monto de la mesada                                                                                                                                                                                                                                                     |                                     |
| Puede reclamar la devolución de saldos al no ser posible acceder a la pensión                                                                                                                                                                                                                       | No                                  |
| ejerció el derecho a la devolución de saldos dado que accedió al derecho principal                                                                                                                                                                                                                  |                                     |
| Al escoger la modalidad de retiro programado y tener 1150 semanas y la edad pensional es posible que el FGPM financie el capital faltante                                                                                                                                                           |                                     |
| Dependiendo de la modalidad pensional escogida tendrá determinado modelo de aseguramiento:                                                                                                                                                                                                          |                                     |
| a) renta vitalicia inmediata (Art.80 Ley 100/93) contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta día de su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. |                                     |
| b) retiro programado (Art.81 Ley 100/93) el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la AFP, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.                                                                                               |                                     |
| c) retiro programado con renta vitalicia diferida (Art.82 Ley 100/93) el afiliado contrata con la                                                                                                                                                                                                   |                                     |

aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de determinada fecha, reteniendo los fondos suficientes para obtener de la AFP un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora.

25. Al respecto concluye la Sala que el análisis de una posible discriminación de trato igual en materia pensional, no basta con enunciar un solo beneficio, sino que por el contrario es necesario considerar todo el régimen pensional en conjunto, tal y como ocurrió en el caso resuelto en la sentencia C-630 de 2016 en el que por el cargo de igualdad se examinó si constituía un trato discriminatorio el hecho de los concejales de los municipios de menor categoría 4 a 6 se les subsidiara en parte el aporte a pensión de vejez frente a los concejales de los municipios de tercera categoría quienes deben aportar el 100% de la cotización sin subsidios. En dicha oportunidad no prosperó el argumento de igualdad con fundamento en la siguiente razón de la decisión:

“En conclusión, el hecho de conceder un beneficio en materia de seguridad social para los concejales de los municipios de menores categorías (de 4ª a 6ª categoría), sin incluir a los concejales de los municipios de 3ª categoría, no implica necesariamente una violación a la igualdad, por cuanto la vulneración de este principio con respecto a regímenes prestacionales distintos, supone la comparación integral de los mismos y no de uno o algunos de los beneficios específicos, considerados aisladamente. Tampoco constituye un trato evidentemente arbitrario, que permitiera excepcionalmente en análisis del beneficio concreto de forma aislada e individual” (subraya fuera de texto).

c) Violación del acceso a la seguridad social en pensiones (CP.48) por parte del artículo 84 de la Ley 100 de 1993

26. Con relación al desconocimiento del carácter individual de los aportes y de la pensión

considera el actor que se le impone una barrera de acceso a la Garantía de Pensión Mínima mediante el cómputo de las pensiones o rentas que tengan sus beneficiarios. Al respecto considera la Sala que el argumento no configura un verdadero concepto de la violación, pues como bien lo indica la vista fiscal, el argumento carece de certeza al ignorar que el vocablo “según el caso” no indica que todos los conceptos de pensiones, rentas y remuneraciones sean tenidas en cuenta como un todo.

27. Por otro lado, el problema de interpretación se encuadra en una asunto de rango legal sin trascendencia en una norma constitucional, toda vez que el artículo 48 de la Constitución dispone que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y en desarrollo de dicho mandato, la garantía de pensión mínima permite una mejor distribución de los recursos del FGPM en beneficio de aquellos afiliados que por tener menores ingresos no alcanzan a financiar el total del capital requerido para su pensión. Por ello, además el cargo adolece de pertinencia al estimar conveniente ser acreedor del principio de solidaridad mediante el levantamiento de la restricción a la GPM sin querer ser responsable de la misma solidaridad por el lado de sus beneficiarios.

28. En este sentido resalta la Sala varios ejemplos legales en los que el derecho pensional no es simplemente individual sino que comporta una estrecha relación con sus beneficiarios, v.gr. la consolidación de la pensión familiar con la suma de los aportes de un afiliado con los de su cónyuge o compañero permanente beneficiario (art. 151B de la Ley100/93); la posibilidad del(a) cónyuge separado de cuerpos y con sociedad conyugal vigente comparta la pensión de sobrevivientes con la compañera permanente (art. 47 literales b) de la Ley100/93); y la condición de dependencia económica de los padres o hermanos inválidos del causante de la pensión de sobrevivientes (art. 47 literales d) y e) de la Ley100/93) El requisito de dependencia económica como barrera de acceso fue analizado en la sentencia C-066 de 2016 MP. Alejandro Linares Cantillo, en cuya oportunidad se declaró exequible la expresión “si dependían económicamente del causante” contenida en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 e inexecutable la expresión “esto es, que no tienen ingresos adicionales,” contenida en la misma norma y, declaró la exequibilidad de la expresión “si

dependían económicamente de éste” contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuya ratio decidendi se fundó en que “La demostración de una dependencia económica “sin ingresos adicionales” del causante, sacrifica injustificadamente derechos de mayor entidad de sujetos de especial protección constitucional, como el derecho a la igualdad, el mínimo vital, el respeto a la dignidad humana y la seguridad social, estableciendo una barrera de acceso para las personas en situación de discapacidad y con ello restringiendo el acceso a la pensión de sobrevivientes”.

.

28. La demanda no demuestra por qué el principio de solidaridad no debe tener una correspondencia de doble vía, y que una persona que cuenta con un beneficiario que a su vez detenta rentas, remuneraciones o recibe una mesada pensional “según el caso” tenga un mejor derecho y deba ser preferido sobre aquel afiliado que cumple con los requisitos para acceder a la GPM, lo cual no comporta un imposible jurídico dados los más de 3568 pensionados bajo dicha modalidad.

30. En consecuencia, se impone la inhibición de la Corte tal como habrá de decidirse en la parte resolutive de este pronunciamiento, por ineptitud sustantiva de la demanda.

### III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto del artículo 20 (parcial), 65 (parcial) y 84 (parcial) de la Ley 100 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-687/17

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumple con los requisitos de aptitud sustantiva en cargo por violación del principio de igualdad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-11715

Asunto: Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 65 y 84 parciales de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” modificada por la Ley 797 de 2003

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me llevaron a salvar el voto que emití en la sesión de Sala Plena adelantada el 22 de noviembre de 2017, en la que por votación mayoritaria, se profirió la Sentencia C-687 de 2017 de la misma fecha.

2. La decisión de la que me aparto en esta oportunidad consiste en la inhibición para pronunciarse de fondo sobre los señalamientos formulados por Sergio Felipe Fernández Mesa en contra de los artículos 20, 65 y 84 parciales de la Ley 100 de 1993, pues considero que por lo menos dos de los cuatro cargos que presentó son aptos.

A continuación, resumiré las razones expuestas por la mayoría de la Sala Plena para cuestionar la aptitud de las dos censuras que, a mi juicio, cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para la formulación de un cargo de inconstitucionalidad.

Cargo por violación del derecho de igualdad -artículo 13 Superior-

3. El tercer cargo presentado en la demanda se formuló en contra del artículo 65 parcial de la Ley 100 de 1993 “Artículo. 65.- Garantía de pensión mínima de vejez. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.”

, en el que el actor adujo que se desconoce el mandato de igualdad porque se niega al grupo de los “pensionados” acceder a los beneficios del Fondo de Garantía de Pensión Mínima –en adelante FGPM-.

Para el ciudadano, los pensionados también deben acceder al fondo en mención porque hicieron los aportes correspondientes y quedan en situación de desprotección cuando se agotan los recursos de su cuenta, ya que las aseguradoras no ofrecen el seguro de renta

vitalicia, que corresponde al mecanismo que debe operar en las hipótesis de desfinanciación de la cuenta individual.

La sentencia consideró que el cargo incumplió el requisito de pertinencia, debido a que: (i) da cuenta de un problema fáctico en el mercado asegurador; (ii) no demuestra por qué los pensionados deben recibir un trato equivalente al de los afiliados; (iii) el problema radica en la elección de la modalidad pensional en el RAIS, ya que si los afiliados prefieren un retiro programado con posibilidades de una mesada superior al salario mínimo, no puede derivarse un problema de constitucionalidad por no permitirles beneficiarse de la modalidad de renta vitalicia; (iv) existen notables diferencias entre los grupos presentados por el actor que evidencian la inexistencia del *tertium comparationis*; y (v) en el análisis de una posible discriminación es necesario considerar el régimen pensional en conjunto.

Cargo por violación del artículo 48 Superior

4. El cuarto cargo se formuló en contra del artículo 84 de la Ley 100 de 1993 “Artículo 84. Excepción a la Garantía de Pensión Mínima. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.”

. En esta censura, el actor adujo que la disposición impuso barreras de acceso a la Garantía de Pensión Mínima mediante el cómputo de las pensiones, rentas y remuneraciones que obtenga el afiliado y sus beneficiarios, circunstancias que desconocen el mandato de acceso a la seguridad social en pensiones.

Para la mayoría de la Sala, el cargo incumplió el requisito de certeza, pues ignoró que la norma prevé el vocablo “según el caso”, el cual indica que no todos los conceptos de

pensiones, rentas y remuneraciones se tienen en cuenta como una totalidad. Asimismo, consideró que se desconoce el presupuesto de pertinencia, debido a que: (i) la garantía de pensión mínima permite una mejor distribución de los recursos del fondo en beneficio de aquellos afiliados que, por tener menores ingresos, no alcanzan a financiar el total del capital requerido para su pensión; (ii) el cargo se construye sobre la idea de que el afiliado se beneficie del principio de solidaridad mediante el levantamiento de la restricción a la garantía de pensión mínima, pero no considera que la solidaridad también es exigible de los beneficiarios; (iii) existen varios ejemplos legales en los que el derecho pensional tiene una estrecha vinculación con los beneficiarios; y (iv) la demanda no demuestra por qué el principio de solidaridad obliga a que una persona que cuenta con un beneficiario que detenta rentas, remuneraciones o recibe una mesada pensional, según el caso, tenga un mejor derecho y deba ser preferido sobre el afiliado que cumple los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima.

Los cargos fundados en la violación de los derechos a la igualdad y la seguridad social - artículos 13 y 48 Superior- son aptos

El cargo por violación del principio de igualdad es apto

6. El cargo dirigido en contra de la expresión “afiliado” del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que denuncia la violación del derecho a la igualdad es apto. En esta censura, el actor adujo que circunscribir el acceso a la garantía de pensión mínima a los afiliados desconoce el principio de igualdad al impedir que los pensionados también accedan a esos beneficios. Lo anterior, debido a que estos últimos hicieron aportes solidarios al fondo del que se deriva esa garantía y, además, porque tienen la necesidad de acceder a esos recursos cuando la cuenta de retiro programado se descapitaliza.

La argumentación es concreta y presenta los elementos necesarios para adelantar un juicio de igualdad previstos en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha establecido que una demanda de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad debe cumplir unos presupuestos específicos, que son: (i) definir los sujetos, elementos, hechos o situaciones comparables sobre los que la norma acusada establece una diferencia; (ii) establecer las razones de su similitud, es decir, por qué se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica que amerita el trato igual; (iii) explicar cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas; y (iv) exponer la razón por la cual el trato previsto en la ley es incompatible con la Constitución, esto es, por qué es desproporcionado o irrazonable. Ver, entre otras, sentencias C-099 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa, C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

, en la medida en que el ciudadano identificó:

- i. (i) los sujetos de comparación, de un lado, los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, de otro, los pensionados en alguna de las modalidades de dicho régimen;
- ii. (ii) el criterio de comparación, en particular que se trata de sujetos que efectuaron aportes al FGPM y necesitan sus recursos;
- iii. (iii) el trato desigual que genera la norma acusada, esto es, que solo los afiliados pueden acceder a la garantía de pensión mínima; y
- iv. (iv) las razones por las que el trato disímil es injustificado. En particular, el actor indicó que los pensionados también hicieron aportes al FGPM y tienen la necesidad de los recursos por la desfinanciación de sus cuentas. Asimismo, resaltó la ineficacia de la previsión sobre renta mínima vitalicia por la falta de concurrencia del mercado asegurador y la necesidad de que también sean beneficiarios del principio de solidaridad.

Expuestos los elementos que dan cuenta de un cargo de igualdad, el cual obligaba a la Corte a establecer la constitucionalidad de la distinción prevista en la norma acusada, haré una breve referencia a las falencias de la argumentación en la que la mayoría de la Sala sustentó

la inhibición.

En primer lugar, contrario a lo señalado en la sentencia, el actor sí presentó las razones por las que los pensionados deben recibir un trato equivalente al de los afiliados y acceder a la garantía de pensión mínima. En efecto, el demandante indicó que se trata de sujetos que hicieron aportes al fondo, necesitan los recursos, quedan en situación de desprotección porque no opera la medida alternativa frente a la desfinanciación de su cuenta -seguro de renta mínima vitalicia- y son beneficiarios del principio de solidaridad.

En segundo lugar, considero que reducir el problema que planteó el ciudadano a la elección de la modalidad pensional en el RAIS, tal y como lo hizo la providencia, desconoce que, de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, en el marco del retiro programado el saldo de la cuenta de ahorro pensional no puede ser inferior al capital requerido para financiar una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. En consecuencia, tanto en la modalidad de retiro programado como en la renta vitalicia inmediata, opera la contratación de una póliza de renta vitalicia.

En tercer lugar, y de acuerdo con lo señalado en el punto anterior, el problema del mercado asegurador que identificó el demandante sí resulta relevante para evaluar la distinción que plantea la disposición acusada, ya que el seguro de renta mínima vitalicia es el mecanismo que permite que los pensionados en la modalidad de retiro programado, ante el agotamiento de los recursos de su cuenta individual, cuenten con una pensión mínima que asegure su subsistencia en la vejez.

Finalmente, resulta contradictorio que la sentencia inhibitoria extraña un análisis integral del Sistema General de Seguridad Social para la formulación del cargo, pero, a su vez, cuestione que el ciudadano identifique una circunstancia que incide en el análisis de la distinción demandada y en la eventual vulneración del derecho a la seguridad social, esto es, la falta de

conurrencia del mercado asegurador mediante pólizas de renta mínima vitalicia.

En efecto, el demandante explicó el cargo a partir de todos los elementos relevantes cuando indicó que la restricción del acceso al FGPM -sólo afiliados- es inconstitucional, ya que los pensionados a los que se les acabaron los recursos de la cuenta individual quedan en situación de desprotección, pues no se pueden beneficiar de ese fondo y el mecanismo que debía operar en esa hipótesis -póliza de renta mínima vitalicia- no se ofrece en el mercado.

El cargo por violación del derecho a la seguridad social -artículo 48 Superior-

7. El cargo formulado en contra del artículo 84 parcial de la Ley 100 de 1993 es apto. En esta censura, el demandante planteó la afectación del derecho a la seguridad social como consecuencia de la fijación de dos barreras desproporcionadas para el acceso a la garantía estatal de pensión mínima, las cuales se derivan de: (i) la consideración de las “rentas y remuneraciones” del afiliado, ya que no se valora el carácter periódico u ocasional de esas prestaciones y la vocación de permanencia hacía el futuro; y (ii) la evaluación de las rentas y remuneraciones de los “beneficiarios” del afiliado como elementos para el acceso a la garantía de pensión mínima, debido a que desconoce el carácter individual de la pensión, la necesidad de los recursos y el principio de solidaridad.

La censura dirigida en contra de la expresión “rentas y remuneraciones”

8. El reproche planteado por el demandante en contra de la expresión “rentas y remuneraciones” cuestiona una interpretación de la norma, según la cual, para el acceso a la garantía de pensión mínima se considerarán todos los ingresos del afiliado sin valorar su permanencia y periodicidad. La evaluación de cualquier ingreso económico para determinar

el acceso a dicha garantía, a juicio del actor, se erige en una barrera desproporcionada para la eventual consecución de la pensión de vejez.

9. La sentencia cuestionó la aptitud de la censura a partir del vocablo “según el caso”, del cual concluyó que las pensiones, rentas y remuneraciones no se tendrán en cuenta como un todo. Sin embargo, esa consideración no es suficiente para desvirtuar la aptitud del cargo, en la medida en que no advirtió que: (i) la norma no estableció el significado de cada uno de los elementos a considerar -rentas y remuneraciones-; y (ii) el demandante no cuestionó que se valoraran esos ingresos en conjunto, sino que la norma tomara en cuenta ingresos ocasionales o esporádicos para determinar el posible acceso a la garantía de pensión mínima que, en contraste, corresponde a una prestación económica, periódica, constante y dirigida a solventar el mínimo vital en la vejez.

Entonces, como la norma no estableció el significado de los ingresos demandados ni previó los elementos de periodicidad o permanencia que, a juicio del ciudadano, deben ser considerados para desplazar la garantía de renta mínima vitalicia, la interpretación que plantea la demanda, esto es, que la disposición incluye cualquier tipo de renta o remuneración sin importar su periodicidad y vocación de permanencia sí se deriva de la norma.

En ese sentido, resulta necesario resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que el control que ejerce a través de la acción pública de inconstitucionalidad también comprende la facultad de examinar la interpretación de las normas. En particular, estableció que se trata de un control excepcional que permite que se determine cuáles interpretaciones de una disposición son válidas de cara a la Constitución, para excluir aquellas que resulten inadmisibles.

En consecuencia, la Sala Plena debió estudiar si la consideración de cualquier ingreso del

afiliado constituye una barrera desproporcionada para acceder a un subsidio estatal, que le permite a los ciudadanos con una masa alta de cotización -1150 semanas- obtener un aporte del Estado que les complete la parte que haga falta para acceder a la pensión de vejez.

10. Así las cosas, en la medida en que la disposición acusada prevé la evaluación de los ingresos del afiliado -rentas y remuneraciones- sin precisar en qué consisten estos conceptos, el ciudadano identificó una interpretación plausible de la norma -se valorará cualquier tipo de renta y remuneración-, y expuso las razones por las que esta puede generar una barrera desproporcionada para el acceso a la garantía en mención. Estos elementos dan cuenta de la presentación de un cargo de inconstitucionalidad apto por las siguientes razones:

El reproche es claro, debido a que la argumentación permite identificar con nitidez el alcance de la censura y su justificación, en los términos expuestos previamente.

El cargo es cierto, ya que los argumentos planteados por el demandante responden a una interpretación plausible de la disposición acusada, por cuanto esta previó la valoración de los ingresos de los beneficiarios para el acceso a la garantía de la pensión mínima, sin caracterizarlos.

La censura es específica, en la medida en que la argumentación da cuenta de un cargo concreto de naturaleza constitucional, en la medida en que cuestiona la fijación de una barrera desproporcionada para el acceso a un beneficio que permitirá la consolidación de la pensión de vejez.

El cargo es pertinente, debido a que las razones presentadas por el ciudadano son de índole

constitucional y evidencian una posible oposición entre la consideración de cualquier ingreso y el derecho a la seguridad social de los afiliados que, a los 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, cotizaron por lo menos 1150 semanas pero no alcanzaron a generar la pensión mínima.

El reproche es suficiente porque el actor presentó los elementos necesarios para generar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición demandada. En efecto, identificó una exigencia para el acceso a la garantía de pensión mínima y cuestionó su proporcionalidad e incidencia en el derecho a la seguridad social con base en la contribución al fondo, la necesidad de los recursos y la falta de caracterización de los ingresos.

11. Finalmente, el cargo que cuestiona la valoración de los ingresos de los beneficiarios para acceder a la garantía de pensión mínima es apto, debido a que el actor adujo que esa evaluación genera una barrera desproporcionada para el acceso a la garantía en mención y, por ende, vulnera el derecho a la seguridad social.

Adicionalmente, el demandante identificó las razones por las que considera que la medida es desproporcionada, específicamente señaló que: (i) desconoce el carácter individual de la pensión de vejez; (ii) afecta a sujetos que hicieron aportes al FGPM; y (iii) puede generar la exclusión de personas que tienen la necesidad de los recursos, pues la valoración de los ingresos de los beneficiarios no da cuenta de la situación del afiliado, que efectuó una amplia cotización al sistema -1150 semanas- y cumplida la edad -60 años las mujeres y 62 años los hombres- no cumplieron los requisitos para la pensión mínima.

La sentencia cuestionó la aptitud a partir de argumentos que responden al fondo de la censura y no a su estructura. En efecto, la mayoría de la Sala Plena adujo que el cargo no era

apto porque: (i) la solidaridad también se predica de los beneficiarios; (ii) existen otras normas en las que el derecho pensional tiene una estrecha vinculación con los beneficiarios; y (iii) el demandante no explicó por qué los afiliados con beneficiarios que perciben rentas, remuneraciones o mesadas pensionales tienen un mejor derecho que aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima.

Como se ve, esos argumentos no están relacionados con el cumplimiento de los requisitos previstos en la jurisprudencia para la construcción de una censura de inconstitucionalidad y tampoco respondieron a la tesis principal que planteó el ciudadano, según la cual la evaluación de los ingresos de los beneficiarios para el acceso al FGPM genera una barrera desproporcionada que vulnera el derecho a la seguridad social. En contraste, considero que los argumentos planteados por el ciudadano sí cumplen las exigencias para la formulación de una censura de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

En primer lugar, el cargo es claro, debido a que la argumentación permite identificar con nitidez su alcance y justificación. Específicamente, que la evaluación de los ingresos de los beneficiarios y no los percibidos por los afiliados genera una barrera desproporcionada para el acceso a la garantía de la pensión mínima y, por ende, vulnera el derecho a la seguridad social.

En segundo lugar, el reproche es cierto, ya que los argumentos planteados por el demandante atienden al alcance de la disposición acusada, debido a que esta previó la valoración de los ingresos de los beneficiarios para el acceso a la garantía de la pensión mínima.

En tercer lugar, la censura es específica, en la medida en que la argumentación da cuenta de un cargo concreto de naturaleza constitucional, ya que cuestiona la fijación de requisitos desproporcionados para el acceso a un beneficio que permite la consolidación de la pensión

de vejez.

En cuarto lugar, el cargo es pertinente, debido a que las razones presentadas por el ciudadano son de índole constitucional y evidencian una posible oposición entre la consideración de los ingresos de los beneficiarios y el derecho a la seguridad social de los afiliados que cumplen las condiciones previstas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

En quinto lugar, el reproche es suficiente porque el actor presentó los elementos necesarios para generar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición demandada. En efecto, identificó una exigencia para el acceso a la garantía de pensión mínima y cuestionó su proporcionalidad e incidencia en derecho a la seguridad social con base en el carácter individual de la pensión, la contribución solidaria al fondo y la necesidad de los recursos de sujetos que no alcanzaron la pensión mínima.

Por las razones anteriores, me separo de la decisión y de la fundamentación adoptada por la mayoría.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

