

C-786-14

Sentencia C-786/14

REQUISITOS PARA PENSION DE JUBILACION EN LEY 71 DE 1988-Inhibición para pronunciarse de fondo

REQUISITOS PARA PENSION DE JUBILACION EN LEY 71 DE 1988-Vigencia de disposición demandada

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Contenido y alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Características

En el artículo 243 Superior se indica que los fallos adoptados por esta Corporación, en el ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Por otro lado, la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991 señalan que estas decisiones son definitivas, de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes. En el mismo sentido, el artículo 243 C.P. le concede a las decisiones de esta Corte un carácter inmutable, vinculante y definitivo, por lo cual ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. De igual manera, un juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo que ya se ha resuelto.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Propósitos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

Los fallos de la Corte tienen por lo menos dos efectos directos: (i) en primer lugar, cuando se declara la exequibilidad (a) se reafirma la presunción de constitucionalidad de las normas legales, lo que autoriza su aplicación en la solución de las distintas controversias jurídicas, de cuyos supuestos jurídicos trata la disposición en cuestión; y (b) se fijan los límites para la jurisdicción constitucional, puesto que se obliga a la Corte a estarse a lo resuelto en el fallo previo, en aquellos casos en que el cargo de inconstitucionalidad sea el mismo y el

parámetro de control se mantenga inalterado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991; y (ii) en segundo lugar, cuando se declara la inexecutable por razones de fondo, tiene la consecuencia de prohibir que las autoridades puedan repetir o aplicar el contenido material de ese acto jurídico, existiendo por tanto una clara restricción para las autoridades a este respecto, según el mandato contenido en el artículo 243 CP.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Requisitos para su configuración

En cuanto a los requisitos para la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional, la jurisprudencia ha recalado que se deben presentar tres requisitos básicos: (i) que se trate del mismo contenido normativo tanto formal como materialmente ya acusado, analizado y decidido en oportunidad anterior; (ii) que en el libelo se enerven los mismos argumentos o cargos de inconstitucionalidad; y (iii) que no haya cambiado el parámetro de constitucionalidad frente al cual se va a realizar la confrontación del análisis constitucional; de manera que no quede otra alternativa que estarse a lo resuelto. Por lo tanto, si se evidencian estas condiciones se está ante la prohibición de volver a pronunciarse sobre la constitucionalidad de esa norma y se obliga a la Corte a estarse a lo resuelto en la sentencia previa a su pronunciamiento.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Necesidad de un mínimo de argumentación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

Referencia: Expediente D-10194

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7º (parcial) de la Ley 71 de 1988, "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".

Actor: Marlon David Muñoz Giraldo

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil catorce (2014).

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

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, los ciudadanos demandantes solicitan a la Corte que declare la inexecutable del artículo 7º (parcial) de la Ley 71 de 1988 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 38.624 del 22 de diciembre de 1988:

“LEY 71 DE 1988

(Diciembre 19)

Diario Oficial No. 38.624, del 22 de diciembre de 1988

Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones

ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y

acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

(Subrayas del accionante)

III. LA DEMANDA

El señor Marlon David Muñoz Giraldo interpone la presente acción de inconstitucionalidad del art. 7º (parcial) de la Ley 71 de 1988, la cual según el actor tiene “trayectoria hasta el año 2014, produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y condicionado por lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 del año 2005”; al considerar que infringe la Constitución Política en su Preámbulo y en sus arts. 13, 46 y 48 CP. Para fundamentar los cargos expone los siguientes argumentos:

1. Aduce que el libelo tiene relevancia constitucional al estar en juego los derechos a la seguridad social, a la igualdad, a la justicia y a la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, ya que el precepto demandado permite que a los que trabajaron en el sector público, y alcanzaron los 20 años laborados para adquirir su derecho a la pensión, y no se les aportó para pensión a ninguna entidad de previsión social, no puedan adquirir el derecho a la pensión.

2. Afirma que la pensión especial del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 excluye de manera injusta y desigual a los empleados oficiales que no hacían aportes, por decisión de su empleador, a otras entidades de previsión social. En ese contexto sostiene que si el empleador no realizó dichos aportes en ese tiempo de trabajo, no se tendrá en cuenta para otorgar la pensión prevista en el citado art. 7 acusado. Por tal motivo tiene como cierto que cuando un empleador no cotizó en una entidad de previsión social a favor de su empleado,

dicho tiempo de servicio no se suma, según lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 71 de 1988.

3. En consecuencia, considera que la norma demandada vulnera el principio de igualdad al tratar de manera diferente a personas que se encuentran en un mismo presupuesto fáctico, puesto que le permite a unos trabajadores pensionarse por vejez al acumular 20 años de aportes en el Régimen de Prima Media y en alguna otra caja de previsión, más no le permite lo mismo a quienes a pesar de acumular el mismo tiempo, la entidad oficial en la que laboraba no ha realizado los aportes a una entidad de previsión social, al asumir ellas la pensión de sus empleados. Complementa lo expuesto afirmando que a la mayoría de trabajadores de entidades oficiales no se les realizaban aportes a dichas entidades de previsión social por parte de sus empleadores.

4. Considera que la Ley 71 de 1988, no solo exige más años de edad para alcanzar la pensión de vejez, sino que “la exigencia de aportes a entidades de previsión social que hagan sus veces, que hizo el legislador en la norma acusada, es irrazonable y arbitraria, al compararse con la no exigencia de los mismos en la Ley 33 de 1985, vulnerándose de manera el principio de igualdad, nuevamente por hacer diferenciación en casos semejantes o iguales”.

5. Asegura que antes de la Ley 100 de 1993 las entidades públicas no estaban obligadas a descontar y efectuar aportes, pero debían emitir un bono pensional respaldando el tiempo servido o, en su defecto, concurrir al pago de la pensión en una cuota aparte para ser tenido en cuenta como cómputo de las semanas que no fueron aportadas en una caja de previsión, por lo que la responsabilidad de esto recae en la administración, puesto que la misma actúa de forma autónoma. Es decir, que a juicio del actor, por el incumplimiento del patrono en pagar los aportes se puede terminar perjudicando al trabajador vulnerando los arts. 48, 46 y 13 Superiores. En consecuencia, argumenta que no puede el legislador despojar del derecho a la seguridad social al adulto mayor al exigir cotizaciones cuando no había norma que obligara a las entidades del Estado a efectuarlas.

6. Finaliza solicitando que se declare inexecutable los apartes señalados con el fin de que no se le vuelva a negar la pensión de jubilación por aportes a los adultos mayores “por falta de cotizaciones por parte del empleador público”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino a través de apoderado judicial para solicitar a la Corte de manera principal declararse inhibida para conocer del caso, y de forma subsidiaria, en caso de pronunciarse de fondo, declare la exequibilidad del art. 7º (parcial) de la Ley 71 de 1988, teniendo como base las siguientes consideraciones:

(i) Señala que existe ineptitud sustancial de la demanda, por cuanto en desarrollo del art. 2º del Decreto 2067 de 1991 la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al ciudadano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, dar estricto cumplimiento de los requisitos derivados de esa disposición al momento de instaurar la demanda, formal y materialmente, de manera que se debe establecer el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte deba conocer del asunto.

(ii) Afirma que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte la acusación debe ser cierta, específica, pertinente y suficiente, requisitos que no encuentra cumplidos en esta demanda, ya que el actor “no es congruente con lo argumentado lo que deviene en inconsecuente el concepto de la violación, lo cual lo hace incierto, inespecífico impertinente e insuficiente”.

(iii) Sostiene que como la norma refiere a un régimen de transición, para resolver el asunto pensional en concreto se debe tener en cuenta si el trabajador estaba cotizando con el ISS y alguna entidad de previsión de manera que se acoja a la Ley 71 de 1988, y si tiene tiempos laborados se le reconocerá factiblemente con la Ley 33 de 1985, o si es solo con el ISS se ha reconocido con base en el Decreto 758 de 1990 dependiendo de la situación fáctica concreta. Por tanto, considera que aducir por parte del actor desigualdad de trato en las leyes antes señaladas no es de ninguna manera demostrado, ya que la persona puede optar por el régimen que se ajuste a su situación particular y concreta para solicitar su pensión. Por lo tanto, ante la falta de argumentos claros, ciertos y precisos la Corte debe declararse inhibida, y reitera que el accionante fue subjetivo en sus apreciaciones.

(iv) Concluye que no hay desigualdad en el trato a los trabajadores ya que ellos tienen, según el caso en el que se encuentren, la forma de adquirir su pensión a través de la Ley 71

de 1988 o de la Ley 33 de 1985. Observa también que antes de la Ley 100 de 1993, según el actor, la afiliación a la seguridad social no era forzosa, lo cual no es cierto ya que para esto se crearon entidades como Cajanal, Adpostal, Foncrecon y otras cajas para recibir estos aportes pensionales. Por lo señalado, solicita a la Corte de declare inhibida para conocer del caso.

2. Ministerio del Trabajo

El Ministerio del Trabajo intervino a través de apoderada judicial, para solicitar a la Corte profiera fallo inhibitorio por haber operado la cosa juzgada constitucional y que subsidiariamente se declare la constitucionalidad del art. 7º de la Ley 71 de 1988, con base en las siguientes consideraciones:

(i) Afirma que frente a esta norma existe cosa juzgada constitucional, ya que en la Sentencia C-012 de 1994 se declaró la inexecutable del art. 7º de la Ley 71 de 1988 y se fijaron los efectos generales de la norma. Igualmente, menciona que en la Sentencia C-623 de 1998 se declaró la executable del aparte referente a la edad de los cotizantes para acceder a la pensión. Por lo tanto, en criterio del Ministerio, al haber la Corte fijado los efectos y el alcance de la norma contenida en el art. 7º de la Ley 71 de 1988, entre los que está el haber efectuado aportes en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, toda demanda que se realice contra éstos aspectos debe ser rechazada por la Corte o declararse inhibida para pronunciarse.

(ii) Ahora bien, el Ministerio presenta los siguientes argumentos en favor de la executable del precepto acusado, en caso de que la Corte decida pronunciarse de fondo:

(a) Afirma que antes de la Ley 71 de 1988 no había posibilidad para las personas que pudieran computar los tiempos públicos y privados para pensionarse, ya que solo se podía hacer cumpliendo con el mínimo de semanas cotizadas al ISS, es decir, o bien con el sector privado, o reuniendo el mínimo de semanas en el sector público, y el art. 7º de esta ley previó un nuevo régimen pensional estableciendo requisitos de edad y un tiempo de servicio de 20 años acumulables en ambos sectores.

(b) Indica que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición en su art. 36, en el cual se respetan los conceptos de edad, tiempo de servicio y

monto del régimen que vinieran cotizando las personas quienes al 1º de abril de 1994 contaran con alguno de los dos requisitos que son la edad o los 15 años de servicio. Lo anterior, significa que “a las personas que tenían la expectativa de pensionarse con el régimen de la Ley 71 de 1988, y contaran con alguno de los requisitos establecidos para ser beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100, se les respetará las condiciones de edad (60 años para hombres, 55 para mujeres) y el tiempo laborado, donde se pueden computar los cotizados al ISS (sector privado) y a las Cajas de Previsión Social (sector público)”.

(c) Menciona que el artículo parcialmente acusado establece el régimen de jubilación denominado pensión de jubilación por acumulación de aportes, con lo cual se unió y unificó, para efectos de la jubilación, los tiempos de servicio públicos y privados cotizados en cualquier tiempo, para que pudieran ser acumulados en una o varias entidades de previsión social, o de las que hicieran sus veces en cualquier orden (nacional, departamental, municipal).

(d) Observa que de esta norma no se puede afirmar que viole la seguridad social, cuando su objetivo fue todo lo contrario, esto es, que la mayor cantidad de personas alcanzaran el derecho de pensión, puesto que antes no se podía acumular años contribuidos en el sector público y privado.

(e) Finalmente, sostiene que desde la Ley 6ª de 1945 se creó la Caja Nacional de Previsión Social que determinó las entidades obligadas a efectuar aportes a dicha Caja de Previsión y solo esas entidades podían efectuar el pago de aportes, es decir que existe desde esa época una norma que obliga al empleador público a efectuar aportes a la seguridad social. En otras palabras, esta norma impone al empleador público hacer los aportes sin tener la potestad de negarse a hacerlo. Por todas estas razones, el Ministerio solicita subsidiariamente la exequibilidad de la norma demandada.

3. Departamento Nacional de Planeación

El Departamento Nacional de Planeación a través de apoderado judicial intervino en la presente acción de inconstitucionalidad, con el fin de solicitarle a la Corte declararse inhibida para pronunciarse respecto de la norma demandada, y en subsidio que declare exequible la misma, para lo cual expone los siguientes argumentos:

(i) Afirma que en el Decreto 2067 de 1991 en su art. 2º se encuentran los requisitos que debe contener una demanda de inconstitucionalidad, entre los cuales deben exponerse “las razones por las cuales se estiman violadas” las normas constitucionales, los cuales no expone el accionante.

(ii) A este respecto, advierte que en el primer punto planteado en la demanda, es decir, la problemática para el adulto mayor, el actor solo plantea percepciones personales y subjetivas sin fundamentar porqué se vulnera la Constitución Política, y se limita a decir qué normas se supone han sido violadas pero sin explicar las razones de esa vulneración.

(iii) Sostiene que de una interpretación gramatical de la norma se concluye que el entendimiento que realiza el actor no es cierto, puesto que afirma que los requisitos de la norma demandada y sus decretos reglamentarios excluye a la mayoría de los trabajadores oficiales en transición, lo cual es falso, y no fue comprobado en el libelo de la demanda de constitucionalidad.

(iv) Menciona que la interpretación legislativa o con autoridad es dada por el propio legislador (art. 25 Código civil), y que es evidente que la voluntad del legislador era que en este tipo de pensiones que regula la norma demanda se tuviera en cuenta el tiempo cotizado por el trabajador en entidades de previsión, o las que hicieran sus veces, para que se pudieran acumular los tiempos cotizados, lo cual nace en virtud de la potestad configurativa del legislador para crear normas. En punto a este tema, hace referencia a los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en relación con la Ley 71 de 1988, para argumentar que la jurisprudencia avaló el artículo demandado varias veces, de conformidad con lo cual se concluye necesariamente que “dicha disposición no solo no violenta la Constitución Nacional, sino que soluciona el problema de acumulación de tiempos para la pensión de jubilación por aportes”. Indica que para adquirir la jubilación, los trabajadores tienen varias opciones dadas por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 758 de 1990 en régimen de transición.

(v) Respecto de la violación de la igualdad que señala el actor, el DNP encuentra que el actor tampoco demuestra la desigualdad de la norma por cuanto es falso que una persona que haya laborado por 20 años no pueda acceder a la pensión de una entidad de previsión.

(vi) Argumenta igualmente que antes de la ley 100 de 1993 el ordenamiento jurídico ya había dado las herramientas para que el empleador respondiera por los tiempos cotizados por parte del trabajador, por lo cual el adulto mayor tiene garantizado a plenitud poder acceder a la pensión que se deriva tanto de la Ley 71 de 1988, o de la Ley 33 de 1985, y el empleador del sector público “siempre debe garantizar el pago de los aportes para la pensión que debe otorgarse”.

(vii) Observa y reitera que la demanda plantea consideraciones subjetivas sin explicar el porqué de las supuestas violaciones que la norma presenta hacia la Constitución Política, y no cumple con los requerimientos para una demanda de este tipo, que deben ser la claridad, la certeza, la especificidad, la pertinencia y la suficiencia, razón por la cual considera que la Corte debe declararse inhibida para conocer del caso.

4. Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones

El Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones solicitó a la Corte que se declare inhibida para conocer y/o tramitar la presente demanda de inconstitucionalidad, al considerar que ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional unificó el criterio de interpretación respecto del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, estableciendo al efecto de que en virtud del principio de favorabilidad laboral, se deben sumar o acumular los tiempos no solo aportados por el antiguo ISS (hoy Colpensiones), sino también los tiempos laborados en entidades públicas que no fueron cotizados en entidades de previsión social.

5. Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos Pensionales y de Cesantía, Asofondos

El representante legal de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos Pensionales y de Cesantía, Asofondos, intervino en el presente proceso de inconstitucionalidad; para solicitar a la Corte Constitucional que se desestimen las pretensiones de la demanda y por lo tanto se declare la exequibilidad de los apartes que han sido cuestionados en el libelo, para lo cual se basa en las siguientes razones:

(i) Afirma que si se elimina la exigencia de aportes como condición de acceso para la pensión de vejez, tal como lo pretende el actor, se presentaría una situación de desproporción al crear así una pensión no contributiva, no prevista en la Ley 71 de 1988, lo

cual resulta ajeno al espíritu que dio origen a esta norma, ya que estas pensiones “recompensas” era reconocidas por otras normas como la Ley 33 de 1985. En este sentido, afirma que esta norma, más que ser violatoria de los derechos a la seguridad social, avanzó en el camino por proteger a la población que estuvo en ambos sectores (público y privado) en periodos menores a los estipulados para acceder a la pensión tipo “recompensa” y así acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a ese tipo de pensión regulado en la norma en estudio.

(ii) Observa que el demandante falta a la verdad en sus afirmaciones, con las cuales busca que se cubran situaciones diferentes con una misma regla, lo cual “ampliaría ilegítimamente el conjunto de beneficiarios de la pensión de jubilación por aportes”. Considera que las condiciones que establece la Ley 71 de 1988, tales como la exigencia de aportes, tiene la finalidad de hacer compatibles los regímenes privados y los públicos, ya que antes no era permitido que se pudieran sumar tiempos de ambos sectores, con el fin de acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, considera que esta exigencia es “un criterio de diferenciación legítimo e importante, y obedece a la necesidad de asegurar la financiación de estas pensiones y evitar otorgar beneficios personales desproporcionados a quienes no habían permanecido en servicio el tiempo exigido por la ley y no habían contribuido a la financiación de la misma”.

(iii) Señala por tanto que las expresiones demandadas “aportes” y “entidades de previsión social o de las que hagan sus veces” no vulneran los derechos a la igualdad, seguridad social y a la protección de las personas de la tercera edad.

6. Intervención ciudadana

El ciudadano Carlos Andrés Pulido en su intervención, solicita a la Corte declarar inconstitucional el art. 7º de la Ley 71 de 1988, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) Argumenta que en la norma se vulnera el principio de igualdad al no permitirle a una persona que haya laborado por el tiempo necesario (20 años) pensionarse, si la entidad pública no hizo los aportes a una entidad de previsión social. Con esto, a su juicio, se vulnera la seguridad social del servidor público. Igualmente, sostiene que se vulnera la asistencia de la tercera edad ya que el derecho al disfrute de la vejez y a tener un seguro

económico social y a tener una vejez digna, está asociado a la dignidad de la persona como ser humano.

(ii) Concluye estar de acuerdo con el accionante en cuanto a que todo servidor público que haya cotizado por más de 20 años de servicio al régimen de prima media debe poder quedar cobijado por esa norma si llevan más de 20 años cotizando, razón por la cual no la encuentra justa sino violatoria de la igualdad. Considera que el ideal es que todo servidor público tenga el mismo régimen para pensionarse, ya sea por la edad, como por el tiempo.

7. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

La Universidad de Antioquia, por intermedio de la Decana de la Facultad de Ciencias Políticas, envía su concepto dentro del presente proceso para solicitar se declare la inconstitucionalidad de la Ley 71 de 1988 en su art. 7º (parcial), exponiendo los siguientes argumentos:

(i) Afirma que de la norma demandada se desprende una interpretación que es inconstitucional puesto que constituye una injustificada forma de mantener las inequidades en el acceso a los derechos pensionales.

Así, indica que el admitir el requisito de solo haber aportado a las entidades de previsión, desconoce el principio de la realidad sobre las formas que se estipuló en el art. 53 de la Constitución Política, y además se desconoce con ello el derecho a la igualdad material de que habla el art. 13 de la Carta, y por ende el derecho a la seguridad social señalado en el art. 48 CP. De otra parte, considera que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 son claras al afirmar que todo tiempo de servicio y cotización se suman para efectos del derecho a la prestación económica de la pensión de vejez, es decir, busca la aplicación del derecho sustancial sobre el procedimental.

(ii) Finalmente, sostiene que el art. 7º de la Ley 71 de 1988 demandado parcialmente, es inconstitucional porque viola el principio de la igualdad consagrado no solo en la Constitución Política sino en instrumentos internacionales, atacando el derecho pensional de quienes no puedan demostrar los aportes a entidades de previsión social aunque acrediten 20 años de servicios.

8. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia

La Universidad del Rosario conceptúa que la norma es constitucional, desarrollando las siguientes consideraciones:

(i) En criterio de la Universidad, el precepto demandado consagra la denominada pensión por aportes, la cual pretende “corregir la bifurcación del sistema laboral colombiano en el binomio público/privado que imposibilitaba el acceso a la pensión de vejez a quienes no lograban trabajar durante 20 años en cualquiera de los dos sectores sancionando la alternativa laboral entre los regímenes público y privado”.

(ii) A su juicio, le asiste razón al accionante al afirmar la vigencia de la norma acusada, en armonía con lo establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 que prevé el régimen de transición que extiende la aplicación de la norma en el tiempo.

(iii) Sostiene que las normas anteriores a la ahora acusada presentaban la imposibilidad de cumplir con los requisitos articulados sectorialmente para aquellos que alternaran la prestación de servicios en los sectores público y privado. Con el fin de corregir este desequilibrio es precisamente que surge el art. 7 de la Ley 71 de 1988, con el cual se creó la denominada “pensión por aportes” que permitió la suma de esfuerzos pensionales en los diversos sectores.

(iv) Por tanto, en criterio de la Universidad, la presente acción pública está orientada a cuestionar la constitucionalidad de la norma enjuiciada bajo los parámetros de exclusión de quienes no hagan aportes para la construcción de su pensión de vejez. Frente a este problema jurídico planteado la Universidad diferencia dos situaciones normativas:

a) En el caso de la ausencia de aportes por omisión de las obligaciones patronales de retención y contribución al sistema, la norma es perfectamente constitucional correspondiendo a la entidad de seguridad social ejercer las acciones jurídicas para el cobro de los aportes insolutos.

b) En el caso de los regímenes de pensiones anteriores a la Ley 100 de 1993 debe relacionarse la norma con lo previsto en el art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo estructurada bajo un esquema patronal no contributivo en el que se destaca la construcción

de la pensión con base en los aportes de la vida laboral sustituido por el tiempo servido.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el Señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5795 del 03 de julio de 2014, solicitó a la Corte declararse inhibida para conocer de fondo en relación con las expresiones “de aportes” y “de previsión social que hagan sus veces” contenidas en el art. 7º de la Ley 71 de 1988 por ineptitud sustantiva de la demanda, y subsidiariamente solicitó que las declare exequibles por las razones que señala a continuación:

(i) El problema jurídico que considera hay que resolver es si el hecho de exigirle a los trabajadores la cotización a fondos de previsión social como requisito para obtener la pensión de jubilación vulnera los derechos de igualdad y seguridad social, igualmente si hay vulneración del principio de favorabilidad.

(ii) Para resolver este problema jurídico, la Vista Fiscal empieza su intervención considerando que la Corte Constitucional debe declararse inhibida para conocer del asunto, porque existe ineptitud sustantiva de la demanda, al no satisfacer los presupuestos procesales mínimos, puesto que no se evidencian la certeza y la pertinencia de las razones por las cuales el actor sustenta su demanda.

En este sentido, a juicio del Ministerio Público el cargo por vulneración del derecho a la igualdad carece de aptitud sustantiva, ya que las normas previas a la Ley 71 de 1988 también exigían las cotizaciones o aportes pensionales a los trabajadores oficiales por el tiempo prestado, excepto los que tenían regímenes especiales que estaban regulados por sus propias normas, como lo estipulan el art. 1º de la Ley 33 de 1985[1], el art. 12 del Decreto Ley 3135 de 1968[2] y el literal b) del art. 94 del Decreto 1848 de 1969[3].

Indica que tampoco existe pertinencia en la demanda, puesto que los cargos de violación a la igualdad y a la seguridad social de los adultos mayores, parten de un supuesto de hecho realizado por el actor respecto del hipotético incumplimiento del empleador público en realizar los aportes pensionales de los empleados públicos ordenados por la ley. De esta manera, el Ministerio Público evidencia que la queja del demandante no va contra la norma en estudio sino contra “el eventual incumplimiento de la ley que el mismo acto indica en la

demanda”.

(iii) Sin embargo, el Señor Procurador analiza constitucionalmente la norma en caso de que la Corte decida conocer de fondo la presente acción, respecto de lo cual observa que el artículo demandado parcialmente, alude a un régimen pensional especial, el cual se ratifica en el art. 279 de la Ley 100 de 1993, en el cual está consagrado el principio de favorabilidad laboral el cual “persigue garantizar la vigencia de un orden justo en el tema pensional”. En este artículo, desde su vigencia hasta el 31 de marzo de 1994 (Ley 100 de 1993, art. 151) se indica que las personas tienen derecho a la jubilación acreditando 20 años de aportes a las Cajas de Previsión y al ISS, y la edad requerida de 55 años para las mujeres y 60 para los hombres. Por tanto, en este artículo se sumaban los aportes entre los tiempos laborados con entidades públicas (cotizando en cajas de previsión de todo orden) y los laborados en el sector privado (cotizando al ISS), con lo que se garantiza la vigencia de un orden justo en materia laboral y de seguridad social.

a) No vulneran el derecho a la igualdad de los trabajadores que hayan cumplido el tiempo de servicios laborando con entidades públicas, ya que existen expresas obligaciones que prescriben expresamente las normas pensionales para que sean cumplidas de forma ineludible -entre ellas la misma Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1985 y el Decreto 3135 de 1968-, y por tanto no se genera un trato discriminatorio o una omisión legislativa relativa en la que se haya incurrido en la aprobación de la ley.

b) Por las mismas razones señaladas el Ministerio Público afirma que no hay desconocimiento del derecho y de la garantía de la seguridad social que le confiere la ley a las personas de la tercera edad.

c) Tampoco viola el principio de favorabilidad laboral (proyectado a los asuntos de seguridad social) en relación con los trabajadores que cumplieron su tiempo de servicio, a quienes las entidades públicas no le hicieron las correspondientes cotizaciones.

(iv) Considera, para finalizar, que lo planteado por el accionante está encaminado más a casos particulares de incumplimiento de las obligaciones de financiación pensional de parte de los empleadores, por lo cual, esto debe ser resuelto por la justicia competente para cada caso individual y no por vía constitucional ordinaria.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una Ley, en este caso, de la Ley 71 de 1988.

2. Problema jurídico y esquema de resolución.

2.1 El problema jurídico que debe resolver la Corte en esta oportunidad es si las expresiones “de aportes” y “de previsión social que hagan sus veces” contenidas en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, infringen la Constitución Política en su Preámbulo y en sus arts. 13, 46 y 48 CP, al consagrar la exigencia para los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de trabajo, de realizar aportes o cotizaciones, los cuales podrán ser sufragados en cualquier tiempo y acumulados a una o varias de las entidades de previsión social del orden nacional, departamental, municipal o intendencial, comisarial o distrital, y en el Instituto de los Seguros Sociales, como requisito para obtener la pensión de jubilación, con cuya exigencia presuntamente se vulneraría los derechos a la igualdad y a la seguridad social, así como el principio de favorabilidad para los empleados oficiales.

2.2 Antes de que la Corte pueda entrar a pronunciarse de fondo sobre esta demanda, debe resolver tres cuestiones preliminares: (i) si la norma demanda actualmente se encuentra vigente o produciendo efectos jurídicos; (ii) si existe cosa juzgada constitucional con relación a los apartes demandados del precepto acusado; y (iii) si en este caso se configura ineptitud sustantiva de la demanda, tal y como lo alegan la mayoría de los intervinientes y la Vista Fiscal.

3. La norma demandada se encuentra vigente y produciendo efectos jurídicos

La Sala constata que el artículo 7º (parcial) de la Ley 71 de 1988 demandado se encuentra vigente y produciendo efectos jurídicos en virtud del Régimen de Transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 del año 2005.

Así, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición en su art. 36[4], en el cual se respetan los derechos adquiridos y los conceptos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen que vinieran cotizando las personas quienes al 1º de abril de 1994 contaran con alguno de los dos requisitos de edad o de tiempo que se contemplan en dicha normativa.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la ley 100 de 1993 y que quedan cobijados dentro del régimen de transición, se encuentra “(iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados”[5] (Resalta la Sala)

Esta situación normativa es ratificada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se adiciona el art. 48 Superior, el cual consagra que: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.....

(...)

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos...” Adicionalmente, en su parágrafo 4º[6] señala que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede extenderse más allá del 31 de julio del año 2010, haciendo la salvedad respecto de los trabajadores que, estando en el mencionado régimen, al momento de la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo, hayan cotizado 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicios a los cuales “se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014” y que “Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen...”, presupuestos normativos que pueden ser aplicables a los supuestos fácticos previstos por el artículo 7 de la ley 71 de 1988.

En consecuencia, es claro para la Corte que el artículo parcialmente demandado se encuentra todavía vigente y produciendo efectos jurídicos en virtud de la regulación de un régimen pensional especial contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y del Acto

Legislativo 01 de 2005.

4. Cosa juzgada constitucional reiteración de la jurisprudencia.

4.1 En el artículo 243 Superior se indica que los fallos adoptados por esta Corporación, en el ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Por otro lado, la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991 señalan que estas decisiones son definitivas, de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes. En el mismo sentido, el artículo 243 C.P. le concede a las decisiones de esta Corte un carácter inmutable, vinculante y definitivo, por lo cual ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. De igual manera, un juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo que ya se ha resuelto.[7]

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, la cosa juzgada constitucional y el carácter vinculante erga omnes de las decisiones constitucionales, responde como mínimo a dos propósitos: la eficacia del principio de supremacía constitucional y la seguridad jurídica.[8] En este sentido, la Corte ha recabado que una de las finalidades esenciales de la cosa juzgada constitucional es “garantizar la estabilidad de las sentencias judiciales, la certeza[9] respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica”. [10]

De otra parte, los fallos de la Corte tienen por lo menos dos efectos directos: (i) en primer lugar, cuando se declara la exequibilidad (a) se reafirma la presunción de constitucionalidad de las normas legales, lo que autoriza su aplicación en la solución de las distintas controversias jurídicas, de cuyos supuestos jurídicos trata la disposición en cuestión; y (b) se fijan los límites para la jurisdicción constitucional, puesto que se obliga a la Corte a estarse a lo resuelto en el fallo previo, en aquellos casos en que el cargo de inconstitucionalidad sea el mismo y el parámetro de control se mantenga inalterado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991[11]; y (ii) en segundo lugar, cuando se declara la inexecutable por razones de fondo, tiene la consecuencia de prohibir que las autoridades puedan repetir o aplicar el contenido material de ese acto jurídico, existiendo por tanto una clara restricción para las autoridades a este respecto, según el mandato contenido en el artículo 243 CP.[12]

En cuanto a los requisitos para la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional, la jurisprudencia ha recalcado que se deben presentar tres requisitos básicos: (i) que se trate del mismo contenido normativo tanto formal como materialmente ya acusado, analizado y decidido en oportunidad anterior; (ii) que en el libelo se enerven los mismos argumentos o cargos de inconstitucionalidad; y (iii) que no haya cambiado el parámetro de constitucionalidad frente al cual se va a realizar la confrontación del análisis constitucional; de manera que no quede otra alternativa que estarse a lo resuelto[13]. Por lo tanto, si se evidencian estas condiciones se está ante la prohibición de volver a pronunciarse sobre la constitucionalidad de esa norma y se obliga a la Corte a estarse a lo resuelto en la sentencia previa a su pronunciamiento.

Finalmente, es de mencionar que la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional tiene varias categorías conceptuales: la cosa juzgada absoluta, la relativa, la formal y la material.[14]

4.2 No configuración de cosa juzgada constitucional en relación con las expresiones demandadas del art. 7 de la Ley 71 de 1988.

Luego de un análisis de los pronunciamientos realizados por esta Corporación frente al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, concluye la Sala que frente a esta norma no se configura en la presente demanda el fenómeno antes estudiado de cosa juzgada constitucional, por cuanto si bien en las sentencias C-012 de 1994, C-623 de 1998 y C-804 de 2008, se demandaron apartes del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en esas oportunidades (i) se objetaron diferentes expresiones normativas contenidas en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, a las que ahora se demandan; y (ii) se acusaron por diferentes cargos a los que ahora se pretenden enervar. Por tanto, los enunciados normativos demandados no coinciden con las expresiones ahora acusadas, ni con los argumentos que en esta ocasión expone el demandante, de tal manera que no se configuran los elementos necesarios para que exista cosa juzgada constitucional.

5. Configuración de ineptitud sustantiva de la demanda

5.1 El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 consagra los requisitos para una demanda de inconstitucionalidad. En él se indica qué deberá contener la misma: "(i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o

un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”[15].

Así, en desarrollo de esta normativa, especialmente del requisito respecto de las razones por las cuales los textos constitucionales se estiman violados, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado de manera pacífica que las demandas de constitucionalidad que se estudian deben contar con verdaderos cargos contra las normas demandadas, es decir que se hace indispensable que los razonamientos expuestos permitan a la Corte una real confrontación entre (i) la norma acusada, (ii) los argumentos que expone el demandante y (iii) la norma o normas constitucionales presuntamente vulneradas.

Por lo tanto, este Tribunal ha sostenido que no toda argumentación tiene el estatus de verdadero cargo de inconstitucionalidad para permitir que el juez pueda entrar a analizar la norma demandada, sino que es necesario que el raciocinio presentado contenga razones calificadas para que esta Corporación entre a sospechar sobre la constitucionalidad de la norma que se demanda. Esto significa, que el libelo presentado debe despertar al menos una duda mínima y razonable sobre la constitucionalidad de la disposición acusada con relación a los artículos de la Constitución Política que se consideren transgredidos. Es decir, que para que una acción pública de inconstitucionalidad amerite un pronunciamiento de fondo como forma de control del poder político, los argumentos plasmados deben ser desarrollados de forma racional, lógica, coherente, congruente, verdadera, concreta y adecuada, para que con ello se pueda despertar una sospecha mínima con relación a la constitucionalidad de la misma y la Sala Plena de esta Corporación pueda entrar a verificar, analizar y evaluar lo que se ha demandado.[16]

Lo anterior representa un requerimiento para que la Corte entre a adelantar un análisis abstracto de constitucionalidad, es decir que se estudie de fondo lo planteado por el demandante y no fracase la posibilidad de un pronunciamiento de fondo del asunto de la acción de inconstitucionalidad, haciendo que este Tribunal se abstenga de pronunciarse por no contar con razonamientos acorde a lo exigido para este tipo de estudios.

Por consiguiente, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[17].

Cuando estos requisitos no se cumplen, se configura ineptitud sustantiva de la demanda al no existir cargos de inconstitucionalidad, por lo que la Corte no puede entrar a pronunciarse de fondo respecto de la demanda acusada.

5.2 El artículo 7º de la Ley 71 de 1988 demandado, consagra que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Con la norma objetada, el legislador persiguió que los empleados oficiales y los trabajadores que tienen derecho a la jubilación acreditando 20 años de aportes a las Cajas de Previsión y al ISS, y la edad requerida de 55 años para las mujeres y 60 para los hombres, pudieran sumar los aportes entre los tiempos laborados con entidades públicas (cotizando en cajas de previsión de todo orden) y los laborados en el sector privado (cotizando al ISS), ya que con anterioridad a la entrada en vigencia de este artículo no se podía hacer esta sumatoria de cotizaciones entre los sectores públicos y privados.

5.3 Para sustentar la inconstitucionalidad de las expresiones “aportes” y “de previsión social que hagan sus veces” del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, considerados contrarios a la Constitución Política en su Preámbulo y en los arts. 13, 46 y 48 Superiores, el demandante expone como argumento principal que las expresiones acusadas excluyen de manera injusta de la pensión de jubilación a los empleados oficiales que no tenían aportes en las entidades de previsión social de cualquier orden por decisión de su empleador. En consecuencia, considera que esta falta de cumplimiento frente al pago de aportes por culpa del empleador termina vulnerado el principio de igualdad de los trabajadores oficiales frente a los trabajadores del sector privado a quienes sí les hayan realizado los aportes. Igualmente, el actor manifiesta su inconformidad con el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 puesto que afirma que antes de esta normatividad no se exigían en la ley 33 de 1985 los

aportes o cotizaciones, sino solo el tiempo de servicio, y también señala que en la ley demandada se aumenta la edad para la jubilación.

De otra parte, considera que las expresiones demandadas violentan el derecho a la seguridad social, pues el principio de universalidad del sistema de pensiones permite que se computen los aportes con el fin de adquirir este derecho, y estima que por culpa de las actuaciones de los patronos, resulta el trabajador perjudicado, lo cual contraría los arts. 13, 46 y 48 de la Carta.

Concluye que al negársele la pensión de jubilación a los trabajadores al no existir los aportes exigidos por la Ley 71 de 1988, se les puede estar condenando a la pobreza y con ello se vulnera sus derechos a la seguridad social, a la justicia, a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, pues con esto suprime la posibilidad de llegar a disfrutar de una vejez digna y decorosa.

5.4 Tras analizar detenidamente el escrito de la demanda, la Sala concluye que el libelo presentado no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 ya que el actor no presenta razones o argumentos claros, ciertos y pertinentes, por los cuales se invoca la inconstitucionalidad de la norma demandada. Así, sus observaciones (i) carecen de claridad, en cuanto no permiten identificar de manera diáfana las razones de desconocimiento de la Constitución; (ii) adolecen de certeza, en cuanto no se basan en afirmaciones ciertas que se deriven del contenido o alcance normativo de las expresiones acusadas; y (iii) les falta pertinencia, por cuanto son consideraciones de carácter subjetivo, y no presenta argumentos de naturaleza constitucional sino que representan alegaciones respecto de hipotéticas situaciones fácticas.

Por tanto, la Corte colige que los cargos enervados por el demandante no constituyen verdaderos cargos de constitucionalidad, por cuanto adolecen de los criterios de claridad, certeza y pertinencia, como lo pasa a detallar a continuación:

(i) Falta de claridad: La Sala considera que la argumentación del demandante carece de claridad, por cuanto no permite comprender al juez constitucional cuál es el concepto de las violaciones alegadas.

En la demanda el actor indica que se vulnera el principio de igualdad, pero en su

argumentación no presenta los requisitos necesarios para adelantar un juicio de igualdad, esto es, mostrar que existen sujetos análogos o similares que puedan ser comparables a los cuales debe darse un trato igualitario, y el que la medida adoptada por el legislador genere una desigualdad y sea discriminatoria o sospechosa desde el punto de vista constitucional. En punto al cargo por violación de la igualdad, el actor se limita a afirmar una supuesta situación fáctica en la cual no le hayan realizado aportes a los empleados oficiales, caso en el cual considera que se le estaría violando el derecho a la igualdad a estos trabajadores frente a los del sector privado.

En cuanto a los cargos por vulneración de los derechos del adulto mayor a la seguridad social, el mínimo vital, el principio de favorabilidad, la Sala concluye igualmente que adolecen de claridad, puesto que en su alegato se limita a sostener que las expresiones demandadas tienen la consecuencia de desconocer estos derechos y principios, dando nuevamente razones de orden hipotético y fáctico.

En estas afirmaciones y argumentaciones expuestas por el demandante se constata que el actor no plantea una contradicción real entre las disposiciones acusadas y los enunciados normativos constitucionales que considera vulnerados, es decir, que no logra consolidar un problema de constitucionalidad que tenga un mínimo de fundamento argumentativo, razón por la cual esta Corporación concluye que este tipo de argumentación carece de claridad.

(ii) Falta de certeza: De otra parte, este Tribunal encuentra que los argumentos esbozados por el demandante son deducciones subjetivas, hipotéticas y fácticas del actor, no respecto del contenido o alcance normativo de la disposición demandada, sino de la aplicación de la norma acusada y casos concretos e individuales de incumplimiento de la misma. A la anterior conclusión arriba la Sala por las siguientes razones:

(a) Contrario a lo expuesto por el actor en su alegato en contra de la legitimidad constitucional de los aportes realizados a las entidades de previsión social, esta Corporación en sus diferentes pronunciamientos, y específicamente cuando se ha referido al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, ha reiterado la validez constitucional de los aportes realizados por los empleados oficiales y los trabajadores a las entidades de previsión social, así como a la validez de la acumulación de los aportes tanto del sector público como privado, reconociéndola como una medida favorable para que el trabajador pueda adquirir el

derecho a pensionarse.

Así las cosas, en las Sentencia C-012 de 1994 y C-623 de 1998, esta Corte expresó que el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 consagra la pensión por acumulación de aportes, la cual se obtiene sumando tiempos de cotización en los sectores públicos y privados, de manera que con la entrada en vigencia de esa norma los empleados oficiales, públicos y particulares que acrediten la edad de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres; además de 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, como los efectuados al ISS, adquieren el derecho a acceder a la prestación jubilatoria “mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria”[18].

Este Tribunal explicó que esta modalidad pensional no modificaba ni alteraba la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos antes de la creación de la Ley 71 de 1988, es decir que las normas preexistentes seguían vigentes, esto es, para el empleado oficial, la ley 33 de 1985, entre otras; y para los demás trabajadores, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo; lo cual se consagro en el art. 11 de la misma Ley 71 de 1988 “esta ley y las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez”.

En este mismo pronunciamiento, esta Corporación explicó que la Ley 71 de 1988 realizó una modificación a los regímenes jurídicos sobre pensiones preexistentes, ya que previo a su promulgación no se permitía a los trabajadores acceder a la pensión de jubilación acumulando tiempos laborados en entidades públicas y entidades oficiales, aunque si era procedente adquirir ese derecho acumulando tiempo servido en diferentes entidades oficiales o cuando los aportes se hubieran realizado al ISS, en otras palabras una persona podía pensionarse solo al acumular tiempo o en entidades públicas o en entidades particulares.

De estas precisiones vertidas por la jurisprudencia de la Corte respecto del alcance normativo de la disposición demandada, la Sala evidencia la falta de certeza de los argumentos esgrimidos por el actor, ya que muy por el contrario a lo expuesto por el actor, la norma tiene un fundamento constitucional que avala las pensiones por aportes a entidades de previsión social, y en este caso, específicamente de la posibilidad de acumulación de aportes tanto del sector público como del privado, lo cual se configuró por el legislador en beneficio del trabajador.

(b) Por otra parte, las argumentaciones del actor carecen igualmente de certeza, por cuanto esta Corporación en su jurisprudencia ha reiterado ampliamente que los efectos de la mora u omisión en el pago de aportes y cotizaciones pensionales por parte del empleador, no son imputables al trabajador[19].

(c) Tampoco es cierto que las expresiones demandadas violen el principio de favorabilidad, ya que el empleado que tiene derecho a su pensión de vejez puede optar por la ley que más le favorezca, es decir la Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993, de conformidad con el régimen de transición y los requisitos impuestos en él.

Por tanto, la Corte concluye que las apreciaciones del actor son erróneas o subjetivas, lo cual no corresponde a un análisis objetivo acerca del alcance normativo del artículo acusado, por lo que no puede constituir un cargo cierto.

(iii) Falta de pertinencia: Por otro lado, la Corte encuentra que los argumentos expuestos por el demandante no tienen una naturaleza constitucional, son argumentos de naturaleza subjetiva, fáctica, de conveniencia, y que hacen referencia a casos concretos de carácter hipotético.

Es evidente para la Sala que el reproche que el demandante le hace a las expresiones acusadas del artículo 7 de la ley 71 de 1988 en relación con la presunta o hipotética violación del derecho a la igualdad, a la seguridad social de los adultos mayores y al principio de favorabilidad, se fundamentan exclusivamente en el hipotético incumplimiento por parte del empleador público de realizar los aportes a una entidad de previsión social.

Este tipo de argumentación adolece de pertinencia puesto que la objeción no plantea un debate de carácter normativo, al no permitir contrastar la norma legal con un mandato constitucional, sino que lo que pone de presente es una situación fáctica, relativa a la falta

de realización de los aportes pensionales debidos. En este sentido, salta a la vista que la crítica del demandante no se encuentra dirigida contra el contenido o alcance normativo de la disposición acusada basándose en algún mandato constitucional, sino que está orientada a controvertir la aplicación de la norma a partir de un supuesto de hecho de carácter concreto y fortuito relativo al hipotético incumplimiento de la ley por parte de los empleadores públicos, que el mismo actor pone de relieve en la demanda como el fundamento de la misma.

De otra parte, la preocupación fáctica planteada por el actor, respecto a la falta de pago de aportes de los empleados oficiales, en el sentido de qué pasa con aquellos casos concretos en que el empleador oficial no realizó los aportes y puede llegar a perjudicar a los empleados oficiales en la adquisición del derecho a la pensión por aportes, por cuanto en el cómputo no se le tiene en cuenta el “tiempo de servicio prestado”, carece de pertinencia, puesto que:

(a) En primer lugar, parte del supuesto fáctico de la no realización de aportes por parte de las entidades oficiales, y no de la exclusión de la norma acusada del “tiempo de servicio prestado”, o de la imposibilidad legal de que al resolver casos concretos de empleados oficiales no se pueda presentar la acumulación del tiempo de servicio prestado a los aportes para que estos trabajadores puedan acceder a la pensión de jubilación por acumulación de aportes.

(b) El legislador con el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 tenía toda la potestad regulativa para variar las condiciones y exigencias para la jubilación, e imponer las condiciones de aportes y de edad para la jubilación, y la posibilidad de acumulación de aportes entre el sector público y el privado, lo cual ha sido avalado por las consideraciones hechas en la jurisprudencia de esta Corte. La crítica del actor frente a la imposición por parte del legislador de realizar y acumular aportes, parte de su inconformidad con la norma, ya que según su criterio, para los empleados oficiales solo se debe tener en cuenta “el tiempo de servicio prestado”, porque además las entidades oficiales no tenían la obligación de realizar los aportes exigidos, afirmaciones que son consideraciones de carácter subjetivo, que manifiestan el desacuerdo del actor con la reforma planteada por el legislador, y de las cuales no se desprende un problema de orden constitucional.

(c) Como la preocupación del actor es de carácter fáctico, referente a cómo resolver los casos de empleados oficiales a los que no se les hicieron los aportes, y a los cuales se les debe tener en cuenta también el “tiempo de servicios prestado”, los aportes y la edad, es de resaltar que como se trata de resolución de casos en concreto, ya estas situaciones han sido resueltas por la vía de la jurisdicción ordinaria a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que corrigió su jurisprudencia y avaló la posibilidad de acumulación de tiempo de servicios con aportes.

A este respecto dijo:

“Pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «pensión de jubilación por acumulación de aportes», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

(...)

Dicho de otro modo, la citada disposición se expidió con el fin de garantizar a los trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, la posibilidad de alcanzar la pensión con la sumatoria de los tiempos de cotización y de servicios en uno y otro sector.

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad.”

(...)

“Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.

En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994..

(...)

En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.” [20] (Énfasis de la Sala)

(d) En armonía con lo anterior, como se mencionó, el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, en cuya norma se prohibía la computación del tiempo de servicio prestado para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, fue anulado por el Consejo de Estado, por la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08), al estimar que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Lo

anterior, reafirma que ya la jurisdicción ordinaria se ha encargado de resolver respecto de la norma que prohibía que a los empleados oficiales no se les tuviera en cuenta el tiempo de servicio prestado, para acumular a los aportes y adquirir la pensión, lo cual también cubre aquellas situaciones fácticas e hipotéticas de aquellos casos en que no se hubieran realizado los aportes correspondientes por la entidades oficiales.

Igualmente, si bien el Consejo de Estado ha inaplicado la exigencia de que la pensión se calcule solo por aportes y se tengan en cuenta también los tiempos de servicios, esto no vicia de inconstitucionalidad la norma demandada, por tratarse de casos concretos.

(e) Por tanto, a juicio de este Tribunal las consideraciones planteadas por el actor no presentan un debate sobre la constitucionalidad de la norma demandada, ya que no se evidencia un problema de constitucionalidad de la norma, sino uno respecto de la resolución de casos concretos en que no se tenga en cuenta el tiempo de servicio prestado a las entidades oficiales para acumular con los aportes. Este problema de orden legal, ya ha sido resuelto por parte tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado. En estos pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria se ha resuelto ya la situación fáctica que trata de esbozar el demandante, respecto de la falta de aportes o de la posibilidad de acumular tiempo de servicios y los aportes, en cuanto es claro que en aquellos casos se deberá tener en cuenta el tiempo de servicio prestado a las entidades oficiales, el cual será acumulable a los aportes para que los empleados oficiales puedan obtener la pensión de jubilación.

Es de precisar que estos pronunciamientos tanto de la Corte Suprema, como del Consejo de Estado, no objetan la norma demandada en cuanto a su validez constitucional respecto de la consagración de los requisitos de los aportes y de la edad, los cuales se pueden acumular en casos concretos al tiempo de servicio prestado en entidades oficiales, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el marco constitucional previsto por el Acto Legislativo 02 de 2005 se incluyen también los tres elementos de aportes, tiempo de servicio y edad, los cuales deben de tenerse en cuenta para la adjudicación de la pensión.

(f) Finalmente, estima la Sala que, sin desconocer la realidad del sistema pensional

colombiano, su complejidad y su problematicidad, no se puede resolver por vía de control abstracto de constitucionalidad situaciones fácticas y concretas que deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria, tal y como se ha hecho por la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

6. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, la Sala colige que los cargos presentados por el demandante carecen no solo de claridad y de certeza, como quedó expuesto en los acápites anteriores, sino que también adolecen de pertinencia, puesto que los argumentos presentados por el libelista son de carácter subjetivo, no normativos sino fácticos, descontextualizados del contenido de la norma en estudio, y se refieren a situaciones fácticas e hipotéticas derivadas no del contenido o alcance normativo de la disposición, sino de la aplicación de la misma.

Por todo lo anteriormente señalado, esta Corporación concluye que en la presente acción de inconstitucionalidad no se presentan verdaderos cargos de constitucionalidad por falta de claridad, certeza y pertinencia, y que por tanto se configura ineptitud sustantiva de la demanda, y por consiguiente, la Corte no tiene otra alternativa que emitir un pronunciamiento inhibitorio a partir del análisis en concreto de los razonamientos planteados por el actor en la demanda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto 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 mérito sobre la demanda contra las expresiones “de aportes” y “de previsión social que hagan sus veces” contenidas en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, por ineptitud sustantiva de la demanda.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] LEY 33 DE 1985: Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

[2] DECRETO 3135 DE 1968: Artículo 12º.- “Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

[3] Decreto 1848 de 1969: Artículo 94º.- Deducciones permitidas. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:

b) A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial.

[4] Artículo 36.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio

de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

(Inciso declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

(Inciso declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

(Armonizar con el Parágrafo Transitorio 4, Acto Legislativo 01 de 2005)

PARAGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

[5] Sentencia C-405 de 2011.

[6] Acto Legislativo 01 de 2005, art. 1º, “Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

[7] Ver Sentencias C-852 de 2013, C-287 de 2014, C-226 de 2014, C-166 de 2014; entre otras.

[8] Consultar Sentencia C-166 de 2014.

[9] Sentencia C-153 de 2002.

[10] Sentencia C-287 de 2014.

[11] Ver Sentencias C-287 de 2014 y C-852 de 2013.

[12] Ibídem y sentencia C-852 de 2013.

[13] Sentencia C-226 de 2014.

[14] Para consultar los alcances y diferencias entre cosa juzgada relativa y absoluta, formal y material se pueden consultar los siguientes fallos: C-478 de 1998, C-366 de 2006, C-850 de 2005, C-710 de 2005, A-163 de 2005, C-914 de 2004, C-1004 de 2003, C-567 de 2003, C-063 de 2003, C-415 de 2002, C-045 de 2002, C-310 de 2002, C-287 de 2014 entre otros.

[15] Sentencia C-849 de 2012.

[16] Ver Sentencia 259 de 2011.

[17] Consultar la Sentencia C- 1052 de 2001.

[18] Sentencia 623 de 1998.

[19] Ver sentencias T-376 de 2011, T-645 de 2013, y T-726 de 2013, entre otras.

[20] M. P. Clara Cecilia Dueñas.