


Acción de Inconstitucionalidad

LUIS ALFONSO BRAVO <bravorestrepoabogados@gmail.com>

Mié 05/05/2021 13:08

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

 4 archivos adjuntos (2 MB)

Cédula -71022006 (2).pdf; Tarjeta profesional (4).pdf; DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD - copia.pdf; DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.pdf;

Medellín, 5 de mayo de 2021

Señores

MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL

Bogotá D.C.

Referencia	:	Acción pública de inconstitucionalidad	
Accionante	:	Luis Alfonso Bravo Restrepo	
Normas acusadas	:	Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el	cual
		subrogó el artículo 33 de la Ley 100	de 1993
Asunto	:	Demanda	

LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO, mayor y vecino de Medellín, ciudadano colombiano en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.022.006, con tarjeta profesional número 79.079 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre propio, me permito interponer acción de inconstitucionalidad en contra del inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en los artículos 40-6 y 241 de la Constitución Política y el Decreto 2067 de 1991, lo cual hago a través de medios electrónicos, acogiéndome a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Anexo:

- Duplicado de la demanda, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1991
- Fotocopia de mi cédula de ciudadanía
- Fotocopia de mi tarjeta profesional

Atentamente,

LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO

T. P. 79.079 del C. S. de la J.

Medellín, 3 de mayo de 2021

Señores
MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Referencia : Acción pública de inconstitucionalidad
Accionante : Luis Alfonso Bravo Restrepo
Normas acusadas : Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el cual subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993
Asunto : Demanda

LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO, mayor y vecino de Medellín, ciudadano colombiano en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.022.006, actuando en nombre propio, me permito interponer **acción de inconstitucionalidad** en contra del inciso 2° del párrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el cual subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en los artículos 40-6 y 241 de la Constitución Política y el Decreto 2067 de 1991, para lo cual me fundamento en lo siguiente:

1 – ANTECEDENTES

1.1. En vigencia de la Constitución Nacional de 1886 el sistema pensional no tenía rango constitucional y estaba previsto en una serie de normas de distinto orden. La seguridad social no era un servicio universal y había una pluralidad de regímenes. Durante muchos años no había posibilidad de acumular tiempos de servicios para distintos empleadores. En el sector privado estaba condicionado a que la empresa tuviera un determinado capital, el monto de los aportes tuvo gran variación. El traslado de la historia pensional del trabajador cuando el Instituto de los Seguros Sociales asumía la cobertura no fue un asunto regulado con especial detalle. Veamos:

1.1.1. La Ley 6 de 1945 *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”*, señaló:

ARTÍCULO 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

(...)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.

1.1.2. La Ley 90 de 1946, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dijo:

Artículo 9°. El instituto colombiano de seguros sociales tendrá como funciones principales:

1°. Dirigir en el orden técnico, vigilar y controlar el conjunto de los ramos de seguros sociales;

2°. Elaborar y modificar sus propios estatutos y los reglamentos generales de los seguros sociales, sobre las bases de la presente ley, y someter unos y otros a la aprobación del presidente de la república, sin la cual no tendrán validez;

3°. Prescribir los requisitos, plazos, modalidades y sanciones referentes a la obligación que tienen los patronos de inscribirse e inscribir a sus trabajadores en la respectiva caja seccional y de avisar todo cambio de personal, toda modificación y de avisar todo cambio de personal, toda modificación de salarios, todo accidente de trabajo y las demás circunstancias que lo reglamentos del seguro determinen;

4°. Organizar el departamento matemático-actuarial;

5°. Determinar, con aprobación del presidente de la república, las actividades y regiones y las categorías de empresas situadas fuera de dichas regiones, a las cuales se aplicara la obligación del seguro social desde su iniciación; el orden de prelación de los riesgos que hayan reasumirse, empezando por el de enfermedad-maternidad, y las etapas para la Organización de los servicios restantes y para su extensión progresiva a otras regiones y actividades y a otras categorías de empresas, a medida que estas vayan ofreciendo la requerida base;

6°. Fijar y modificar, de conformidad con los cálculos del departamento matemático-actuarial y mediante aprobación del presidente de la república, el monto de cada uno de los aportes o cotizaciones correspondientes a cada clase de riesgo asegurado; el lapso mínimo durante el cual no podrá ser alterado dicho monto, que no será inferior a un año, y el número de las cotizaciones previas que den derecho a la respectiva prestación en cada modalidad de seguro;

7°. Organizar los seguros facultativos; los adicionales para el reconocimiento a los asegurado obligatorios y a los miembros de sus familias que dependan exclusivamente de ellos, de prestaciones más favorables que las determinadas en la presente ley, y las cajas de compensación destinadas a atender a los subsidios familiares que algunos patronos decidan asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que lleguen a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo;

8°. Señalar, para los seguros sociales, la política de las inversiones, a fin de que estas queden suficientemente garantizadas, tengan adecuada rentabilidad y sirvan los objetivos peculiares de la institución, y

9°. Administrar directamente aquellos ramos del seguro cuya unificación o centralización sea indispensable.

Parágrafo. Para los efectos de este Artículo se inviste de facultades extraordinarias al presidente de la república por el término de cuatro (4) años, contados desde la vigencia de esta ley.

(...)

Artículo 16. Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000) o de ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000), tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado podrá contribuir con una parte de la respectiva cuota patronal, cuando sus circunstancias financieras lo permitan y el gobierno así lo determine mediante decreto ejecutivo, previa consulta al Instituto Colombiano de seguros Sociales. En tal caso la contribución del Estado será fijada entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la cuota patronal. Los aportes del Estado se financiarán en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

Parágrafo. Cuando se trate de asegurados obligatorios, que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al Asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático-Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste.

(...)

Artículo 29. El Estado aportará también a los fondos del seguro social obligatorio el producto de las siguientes rentas especiales, además de las cotizaciones que puedan corresponderle cuando actúe analógicamente como patrono:

- a) un auxilio inicial, no inferior a quinientos mil pesos (\$ 500.000), para los gastos preliminares de organización y administración de equipos sanitarios y de primer establecimiento, así como los auxilios especiales que lleguen a ser incluidos en las leyes de apropiaciones con destino al instituto, a las cajas seccionales o a ciertas modalidades de los seguros sociales;
- b) toda partida liquidada de los presupuestos nacionales para sueldos o salarios de los asegurados que no fuere aplicada a su destinación original, por cualquier motivo quedan prohibidos los traslados de tales partidas;
- c) las sumas procedentes de las multas que se impongan con arreglo a la presente ley, así como las que provengan de cualquier infracción a la legislación del trabajo;
- d) el producto de la venta de los bienes muebles nacionales que se liciten por deterioro, antigüedad o inutilidad para el servicio;
- e) el valor que corresponda al fisco nacional por concepto de bienes ocultos, vacantes o mostrencos, de herencias yacentes y de tesoros;
- f) el veinte por ciento (20%) del impuesto de sucesiones y donaciones;
- g) el veinte por ciento (20%) de los nuevos impuestos que se decreten en la presente legislatura, y

h) el valor de todas las multas impuestas por las juntas de control de precios.

(...)

Artículo 41. La cuota del patrono y del asegurado, en las cotizaciones del seguro de enfermedad-maternidad, serán iguales las del estado se regularán de acuerdo con la norma del Artículo 16.

(...)

Artículo 47. El asegurado tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15.), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reúna los requisitos de edad y cotizaciones previas que el Instituto determine.

(...)

Artículo 50. La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de invalidez - vejez, serán iguales. La del Estado se regirá por la norma del artículo 16. El Instituto proporcionará servicios preventivos y curativos a los asegurados con el fin de evitar o corregir un estado de invalidez y procurará la recuperación o reeducación de los inválidos pensionados.

(...)

Artículo 63. La cuota del patrono y la del asegurado en las cotizaciones del seguro de muerte serán iguales. La del estado se regulará de acuerdo con la norma del Artículo 16.

(...)

Artículo 66. Toda omisión de inscripción o declaración, inscripción o declaración tardía, o declaración inexacta, además de las sanciones disciplinarias o penales, dará lugar acción de responsabilidad civil contra el patrono o trabajador respectivo. La caja seccional tendrá derecho exigir no solo el pago de las cotizaciones atrasadas, sino también el reembolso ya sea de la totalidad de las prestaciones suministradas, o bien de la diferencia entre esas prestaciones y las que habrían causado si las inscripciones o declaraciones hubieran sido oportunas o exactas.

Artículo 67. Al patrono que descuenta a sus asalariados el monto de sus cuotas y no las consigne con las que le correspondan sin justa causa, dentro de un término que no parara de los quince (15) días subsiguientes, o no adquieran dentro del mismo término las estampillas del caso, se le impondrá por ese solo hecho una multa de veinte pesos (\$20) a dos mil pesos (\$2.000), sin perjuicio de pagar las sumas retenidas, con intereses de recargo del medio por ciento (1/2%) mensual. El atraso mayor de quince (15) días en el pago de las cuotas que correspondan al patrono o al trabajador independiente hará incurrir a estos en una multa del dos por ciento (2%) mensual sobre el monto de las retardadas.

(...)

Artículo 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

(...)

Artículo 75. Los patronos que deseen asumir directamente todos o algunos de los riesgos de que trata la presente ley, en relación con sus trabajadores, reconociéndoles a estos los mismos beneficios en ella previstos, podrán hacerlo en este caso, deberán garantizar, a satisfacción del gobierno, el pago de las posibles prestaciones, y no podrán descontar ninguna parte de los salarios por concepto de primas cuando se trata de prestaciones a largo termino, como pensiones de invalidez y vejez, el decreto reglamentario determinara- de acuerdo con los cálculos actuales del instituto- la parte proporcional de los beneficios eventuales que ha de corresponder a los trabajadores que dejen de servir a una empresa determinada.

Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la sección tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha bebido figurando en la legislación anterior para que

el instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales en ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley.

1.1.3. El Código Sustantivo del Trabajo, adoptado mediante el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, consagró:

ARTICULO 259. REGLA GENERAL.

- 1. Los {empleadores} o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.*
- 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.*

ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSIÓN.

- 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.*
- 2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.*

1.1.4. El Decreto 3041 de 1966, que aprueba el Acuerdo 224 de 1966, por el cual se expide el reglamento general del seguro social, señaló:

ARTICULO 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.

ARTICULO 61. Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el instituto.

PARAGRAFO. Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del seguro invalidez, vejez y muerte.

1.1.5. El Decreto Ley 433 de 1971, por el cual se reorganizó el Instituto de Seguros Sociales, estableció:

Artículo 4°. La extensión progresiva del Seguro Social se hará según orden de prioridades que permita amparar primordialmente a los sectores más necesitados y económicamente más débiles de la población, en concordancia con los programas de atención médica que realice el Ministerio de Salud.

Artículo 7°. Los reglamentos del Instituto determinarán las prestaciones, servicios sociales, o medidas de seguridad social para cada uno de los sectores de la población sujetos al Seguro Social Obligatorio, según el artículo 4o. del presente Decreto.

Las prestaciones, servicios sociales u otras medidas de seguridad social que se adopten, las concederá u otorgará el Instituto en forma gradual y escalonada en lo que se refiere a las zonas o regiones geográficas, a los sectores de la población económicamente activa, a la edad de los derechohabientes y en atención a la capacidad de los servicios, a las posibilidades financieras, al grado de las necesidades y al mejor empleo de los elementos humanos, técnicos y materiales, así como en consideración a los programas nacionales de desarrollo de servicios de salud, económico y social.

(...)

ARTICULO 10. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tiene como funciones principales:

1ª. La organización, dirección, administración y vigilancia de todos los ramos de los seguros sociales;

2ª. Elaborar y modificar los reglamentos generales de los seguros cuya administración le corresponde. Estos reglamentos determinarán las modalidades, cuantía y extensión de las prestaciones de los distintos riesgos, medidas y servicios del Seguro social, en favor de los diferentes sectores o grupos de población que proteja.

3ª. Determinar las regiones, actividades, empresas y patronos y grupos de población a los cuales deban aplicarse, total o parcialmente, y las etapas para la organización y extensión progresiva y las distintas regiones y actividades.

4ª. Señalar el orden de prelación de los riegos que hayan de asumirse y las actividades a las cuales deban aplicarse, total o parcialmente y las etapas para la organización y extensión progresiva a las distintas regiones y actividades.

(...)

Parágrafo. Las atribuciones señaladas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 10, requieren para su validez de la aprobación del Gobierno nacional.

(...)

Artículo 31. Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, y los servicios sociales que se llegaren a establecer, correspondientes a los seguros sociales y los gastos de administración de los mismos, serán obtenidos así:

a). Mediante cotización que deberán pagar los trabajadores asalariados y todos los que perciban retribución por los servicios prestados bajo la subordinación de otra persona, siempre que no fueren ocasionales ni ajenos a la actividad de la empresa. La cotización laboral se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón de tales servicios. Esta cotización se destinará al financiamiento del Seguro social establecido en beneficio de este grupo de asegurados;

b). Mediante cotización a cargo de la persona natural o jurídica a la cual o por cuya cuenta el trabajador presta el servicio, que se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón del servicio prestado. Esta cotización se destinará al financiamiento del seguro social establecido en beneficio de los trabajadores asalariados;

c). Mediante cotización sobre los ingresos de los trabajadores independientes y de los autónomos o pequeños patronos que será pagada por éstos, siempre que tales ingresos tuvieren carácter de regularidad o fueren controlables individualmente. Dicha cotización será señalada de acuerdo con la capacidad económica de los respectivos sectores o grupos de ella población económicamente activa, y se pagará en la forma y en la cuantía que se determinen en atención a las prestaciones y servicios de los seguros sociales que se otorguen al correspondiente grupo de población económicamente activa.

d). Mediante cotización sobre los ingresos globales o sobre la base económica relativa a la naturaleza o a las condiciones de trabajo de los grupos de población económicamente activa, cuyos medios de vida no tengan el carácter de periódicos ni permanentes, cotización que se fijará de acuerdo con la capacidad económica del respectivo grupo y en atención a los servicios de seguros sociales que se les otorgue.

e). El Estado contribuirá al financiamiento de los seguros sociales mediante un aporte anual que se señalará en los presupuestos de renta y gastos de la Nación, en proporción al costo total de las prestaciones y servicios de aquellos. El aporte del Estado se aplicará a incrementar los fondos de solidaridad destinados a contribuir al financiamiento de las prestaciones y servicios de los seguros sociales en beneficio de los sectores de la población y de las zonas económicamente más débiles del país. El aporte anual del estado para los programas de los seguros sociales no podrá ser inferior a una cuarta parte del costo anual global de las prestaciones y servicios otorgados por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Artículo 32. La contribución laboral a que se refieren los literales a) y c) del artículo anterior, y la contribución patronal de que trata el literal b) del mismo artículo, serán pagadas en la cuantía porcentual que señale el Instituto de acuerdo con las estimaciones actuariales y con el respectivo plan financiero, previa aprobación del Gobierno Nacional sobre el total de la remuneración asegurable.

Sin embargo, el Instituto queda facultado, únicamente en lo que se refiere a las cotizaciones destinadas a financiar las prestaciones en dinero en las contingencias de invalidez y de muerte, sean de origen natural o por causa profesional, e igualmente en la contingencia de vejez, a

señalar un límite máximo para la remuneración asegurable, y podrá disponer que el excedente de la remuneración por sobre dicho límite no se considere para los efectos de las cotizaciones ni de las mencionadas prestaciones en dinero en las citadas contingencias. En este caso se ajustará el límite máximo de la remuneración media efectiva del respectivo grupo asegurado, o a los incrementos del salario mínimo legal de la región en que haya mayor concentración de población asegurada.

El Instituto está facultado igualmente para agrupar a los asegurados en categorías según la remuneración y para asignar a cada categoría una remuneración o salario de base, que servirá tanto para el cálculo de las cotizaciones como para el pago de las prestaciones en dinero. En este caso, sobre el monto de las remuneraciones que excedan de la categoría más alta determinará la forma como deben pagarse las cotizaciones en la parte destinada al financiamiento de las prestaciones en especie.

El Instituto podrá estimar o también convenir con sectores de actividad económica o con empresas en forma individual, la cuantía de la parte de la remuneración que corresponda a retribuciones diferentes al salario fijo y que perciban los trabajadores en forma regular.

La remuneración asegurable de los trabajadores a destajo, a comisión, intermitentes o de otras modalidades especiales, así como la que corresponde a las diversas formas de remuneración en especie, serán objeto de estimación por el instituto que señalará en sus reglamentos las categorías respectivas, para los efectos de este Decreto.

El Instituto valorará los ingresos que servirán de base para el pago de cotizaciones de los demás sectores no asalariados de la población económicamente activa, y establecerá en los reglamentos las categorías correspondientes.

Parágrafo. El Instituto señalará la forma y períodos de pago de las cotizaciones de los sectores no asalariados de la población económicamente activa.

(...)

Artículo 39. El Instituto está facultado para imponer multas en su favor en la cuantía y casos siguientes:

1. De cien pesos (\$ 100.00) a cinco mil pesos (\$ 5.000.00), a los patronos y a los trabajadores, por incumplimiento de las obligaciones que les impongan los reglamentos de inscripción.

2. De veinte pesos (\$ 20.00) a diez mil pesos (\$ 10.000.00), a las empresas o patronos que descuenten a sus asalariados el valor de sus aportes y no los entreguen oportunamente a la respectiva Caja Seccional u Oficina Seccional, salvo fuerza mayor o caso fortuito. La cuantía de ella multa se regulará en relación con el número de mensualidades atrasadas y con el monto total de las cotizaciones patrono laborales debidas. En todo caso se cobrará un recargo por intereses moratorios a razón del medio por ciento (1/2%) por cada mes o fracción de mes.

Si a pesar de lo dispuesto en el inciso anterior persiste la mora en el pago de las cotizaciones, se cobrarán multas al patrono de veinte pesos (\$ 20.00) a diez mil pesos (\$ 10.000.00), o reguladas hasta un dos por ciento (2%) mensual sobre el valor de las cotizaciones retenidas a opción del Instituto.

3. De veinte pesos (\$ 20.00) a diez mil pesos (\$ 10.000.00), a las empresas o patronos por cualquier acto u omisión en perjuicio de los asegurados como tales o del Instituto, o por incumplimiento de los requisitos vigentes en los sistemas de recaudación. En este último caso la cuantía de la multa se regulará en relación con el número de mensualidades atrasadas y el

monto total de las cotizaciones obreropatronales debidas. Igualmente se cobrará un recargo por intereses moratorios a razón del medio por ciento (1/2%) por cada mes o fracción de mes.

4. De cien pesos (\$ 100.00) a cinco mil pesos (\$ 5.000.00), a los patronos o a cualquier otra persona que obstaculice la acción de los funcionarios o empleados del Seguro Social.

Las multas de que trata este artículo se impondrán sin perjuicio de las sanciones penales y de las indemnizaciones civiles correspondientes.

Las Cajas Seccionales y las Oficinas Seccionales tendrán derecho a exigir no solo el pago de las cotizaciones atrasadas sino también el reembolso, ya sea de la totalidad de las prestaciones suministradas, o bien de la diferencia entre esas prestaciones y las que se habrían causado si las inscripciones o declaraciones hubieren sido oportunas y exactas.

1.1.6. El Decreto 2677 de 1971, por el cual se fijan normas sobre conmutación de las pensiones de jubilación del sector privado, consagró:

ARTICULO 1o. En casos excepcionales las empresas podrán conmutar las pensiones de jubilación legales y convencionales a través del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En virtud de la conmutación éste sustituirá a la empresa obligada en el pago de la jubilación y de los demás derechos accesorios a ella.

ARTICULO 2o. Habrá lugar a conmutación cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes, entre el proceso de cierre o liquidación, o en notable estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores.

ARTICULO 3o. Para los efectos de la conmutación, las pensiones de jubilación pendientes a que se refiere el artículo anterior, son las causadas y las eventuales.

PARAGRAFO. Por eventuales se entiende las que están en curso de adquisición por trabajadores que tengan más de diez (10) años de servicio en la respectiva empresa.

(...)

ARTICULO 7o. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales para establecer el monto de la conmutación tendrá en cuenta las tablas de vida probable y los demás factores actuariales acostumbrados para la liquidación de pensiones y derechos accesorios.

1.1.7. El Acuerdo 536 de 1974 del ISS, por el cual se expide el reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad, aprobado por el Decreto 770 del 30 de abril de 1975, señaló:

Artículo 5°. Están sujetos al Seguro de Enfermedad y maternidad:

1°. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje presten sus servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley.

2°. Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los Departamentos y Municipios en la construcción y conservación de las obras públicas.

3°. Los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, de carácter Nacional, Departamental o Municipal, que para los efectos del Seguro Social están asimilados a trabajadores particulares, siempre

que por disposición legal no estén expresamente obligados a afiliarse a otra entidad de previsión social.

4°. Los trabajadores que presten servicios para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cual la entidad sindical se tendrá como patrono de estos trabajadores.

5°. Los pensionados particulares de que trata la Ley 171 de 1961, y los pensionados por el Seguro Social.

Artículo 6°. No están sometidos al régimen del Seguro de Enfermedad General y Maternidad, las personas que ejecuten trabajos ocasionales, accidentales y transitorios, entendiéndose como tales los de corta duración y no mayor de un (1) mes, que se refieran a labores distintas de las actividades normales del patrono.

(...)

Artículo 36. La cotización de que tratan los literales a) y b) del artículo 31 del decreto-ley 0433 de 1971, serán igual al 7% de los salarios asegurados, satisfecho así: 2.33% por los asegurados y el 4.66% por los patronos.

Parágrafo. El valor de las cotizaciones, los sistemas de recaudos y todo lo relacionado con la financiación de este Seguro será determinado por el honorable Consejo Directivo del Instituto en los reglamentos correspondientes.

1.1.8. El Decreto 1650 de 1977, por el cual se determinó el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones, estableció:

Artículo 1. Del campo de aplicación. El presente Decreto establece el régimen general de los seguros sociales obligatorios y las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades que los administran.

Sin embargo, los seguros sociales obligatorios del personal del ramo de la Defensa y, en general, los de los servidores públicos se rigen por disposiciones especiales.

(...)

Artículo 22. De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento.

La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo fiel patrono o empleador.

Artículo 23. De la cotización de los seguros. La cotización de cada uno de los distintos seguros será un porcentaje del salario total y se distribuirá entre patronos y trabajadores conforme al artículo anterior.

El valor de dicho porcentaje, se determinará con base en cálculos actuariales de reconocida confiabilidad que, en el caso de los seguros de enfermedad profesional y de accidentes de trabajo, tendrán en cuenta la frecuencia relativa de tales riesgos, según la actividad económica de que se trate.

Artículo 24. De los límites del salario asegurable. Los reglamentos establecerán los límites al Salario asegurable y la forma de avaluar el que se paga en especie.

1.1.9. El Decreto 1465 del 27 de mayo de 1982, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 007 de 1982, consagró:

Artículo primero. Créase en el Instituto de Seguros Sociales el Sistema de Auto-liquidación de Aportes "ALA", que se regirá por las normas del presente Acuerdo.

(...)

Artículo tercero. Los patronos cobijados por el Sistema de Auto-liquidación de Aportes "ALA", presentarán dentro de los diez (10) días calendario siguientes a cada mes, una declaración que contendrá el valor total de los salarios pagados a sus trabajadores y de los pagos a sus pensionados en el mes inmediatamente anterior y una liquidación del aporte que deben al ISS por cada uno de los seguros IVM, ATEP y EGM, incluyendo Medina Familiar si en la localidad correspondiente rige este sistema. En esta misma declaración podrán deducir del aporte total de los seguros de EGM y ATEP el valor de los pagos que hayan hecho por cuenta del ISS a sus trabajadores incapacitados. El pago neto a favor del ISS, deberá quedar consignado en una de las entidades recaudadoras autorizadas o en la Cajas del ISS, simultáneamente con la presentación de la declaración y auto-liquidación.

Artículo cuarto. Para liquidar el aporte debido por concepto de cada uno de los tres seguros, EGM, IVM y ATEP, se aplicarán al valor total de los salarios y pensiones pagados, los porcentajes que establecen los reglamentos del ISS.

El aporte correspondiente al Seguro ATEP será totalmente a cargo del patrono. Para los seguros EGM e IVM el patrono descontará una tercera parte a cada afiliado.

Al efectuar las liquidaciones de que trata este artículo se eliminarán las fracciones de peso.

Parágrafo. Para los efectos del presente reglamento entiéndese por salario el conjunto de elementos previstos en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.1.10. El Decreto 2879 del 04 de octubre de 1985, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 029 de 1985, por el cual se modifica parcialmente el reglamento general del seguro social obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, señaló:

ARTÍCULO 2o. La cotización global para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, se fija en un seis y medio por ciento (6.5%) de los salarios asegurables, y será cubierta en un cuatro punto treinta y tres por ciento (4.33%) por los patronos y en un dos punto diecisiete por ciento (2.17%) por los trabajadores asegurados.

1.1.11. El Decreto 824 de 1988, por el cual se desarrolla la Ley 11 de 1988, estableció:

Artículo 4º El régimen de excepción consagrado en la Ley 11 de 1988 y en el presente Reglamento, rige exclusivamente para los trabajadores del servicio doméstico que devengan una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal.

(...)

Artículo 12. Los aportes que se causen bajo este régimen de excepción, serán cubiertos por el patrono y el trabajador.

Parágrafo. Anualmente el Gobierno transferirá aportes del presupuesto nacional al Instituto de Seguros Sociales que cubran el subsidio necesario para garantizar el derecho a la pensión

de los trabajadores del servicio doméstico cuyas cotizaciones se liquiden por debajo del salario mínimo vigente.

Artículo 13. El trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración inferior al salario mínimo legal, cotizará para el seguro social sobre la base de dicha remuneración, sin que en ningún caso el porcentaje de la cotización pueda aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal.

Será de cargo del Gobierno Nacional, la diferencia existente entre el valor resultante del cálculo efectuado por el Instituto sobre la base del salario mínimo legal vigente y el valor de los aportes cubiertos por los patronos y trabajadores, conforme lo establecido en el artículo anterior.

1.1.12. El Decreto 2610 del 14 de noviembre de 1989, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 048 de 1989 del ISS, *por el cual se aprueba la modificación y ampliación de la tabla de categorías y aportes de Instituto de los Seguros Sociales*, señaló:

Artículo 1º Fijar en la suma de veintidós mil ciento sesenta y nueve pesos (\$ 22.169.00) moneda corriente diarios el salario máximo asegurable.

Artículo 2º Modificar el artículo 3º de los Acuerdos 229 y 025 de 1982, proferidos por las Juntas Administradora y de Seguros Económicos del ISS, respectivamente, los cuales quedarán así:

"A partir de la fecha de publicación en el DIARIO OFICIAL del Decreto que aprueba el presente Acuerdo, se modifica el salario de base diario y mensual de la Categoría 32 de la Tabla de Categorías y Aportes del Instituto y se adiciona dicha Tabla, en la forma que a continuación se indica:

	Salarios	Diarios	Salario base	Salario base
<i>Categoría</i>	<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>	<i>diario</i>	<i>mensual</i>
32	5.250	5.761.99	5.502.00	165.180
33	5.762	6.307.99	6.035.00	181.050
34	6.308	6.885.99	6.597.00	197.910
35	6.886	7.499.99	7.193.00	215.790
36	7.500	8.147.99	7.824.00	234.720
37	8.148	8.833.99	8.491.00	254.730
38	8.834	9.555.99	9.195.00	275.850
39	9.556	10.317.99	9.937.00	298.110
40	10.318	11.117.99	10.718.00	321.540
41	11.118	11.959.99	11.539.00	346.170
42	11.960	12.841.99	12.401.00	372.030
43	12.842	13.767.99	13.305.00	399.150
44	13.768	14.735.99	14.252.00	427.560
45	14.736	15.749.99	15.243.00	457.290
46	15.750	16.807.99	16.279.00	488.370
47	16.808	17.913.99	17.361.00	520.830
48	17.914	19.065.99	18.490.00	554.700
49	19.066	20.267.99	19.667.00	590.010
50	20.268	21.517.99	20.893.00	626.790
51	21.518	22.819.99	22.169.00	665.070

1.1.13. El Decreto 3063 del 29 de diciembre de 1989, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 044 de 1989 del ISS, *por el cual se adopta el reglamento general de registro, inscripción, afiliación y adscripción de los seguros sociales obligatorios del Instituto de los Seguros Sociales*, dispuso:

Artículo 70

«...el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar...»

(...)

Artículo 79. COTIZACIONES Y APORTES. En los seguros de Enfermedad en General y Maternidad, Seguro Médico Familiar y Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, los patronos o aportarán el sesenta y siete por ciento (67%) de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento (33%). Lo anterior, con la salvedad establecida para los aprendices cuyos salarios estén en la primera categoría y para los trabajadores menores de 14 años y mayores de 12 años casos en los cuales el total de la cotización corresponde a los respectivos patronos.

La cotización para el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador.

Los aportes se computarán sobre el salario de base a que corresponda la categoría en que fue ubicado en la respectiva Tabla el salario reportado, así: para el Seguro de Enfermedad General y Maternidad en un 7%, y un 5% adicional para el Seguro Médico Familiar: para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, un 6.5%. Los aportes se pagarán en la proporción señalada en el inciso primero del presente artículo.

El valor de los aportes por el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se calcula sobre el salario de base a que corresponda la categoría en que fue ubicado en la respectiva Tabla el salario reportado, multiplicado por la tarifa correspondiente a la clase y grado de riesgo en que hubiere sido clasificada la actividad de la empresa.

Para efectos del pago de los aportes y del reconocimiento de las prestaciones económicas de los seguros sociales, los cambios de salarios que impliquen a su vez variación en las categorías, solo operarán para períodos mensuales completos de aportación. Cuando el cambio se produzca con posterioridad a la primera semana del periodo de aportación, la nueva categoría regirá a partir del siguiente mes, salvo que el salario sea variable caso éste en que se regirá por lo establecido en el presente Reglamento.

Los aportes para los distintos seguros se liquidarán por semanas completas en cada período mensual de aportación.

Para la liquidación de las prestaciones económicas, el Instituto adoptará los mecanismos necesarios a fin de establecer las semanas cotizadas en un período determinado.

En todo caso y salvo en la forma de facturar, el Sistema de Autoliquidación de Aportes "ALA" se ajustará a los Reglamentos del ISS.

1.1.14. El Decreto 758 del 11 de abril de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 del ISS, *por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*, estableció:

ARTÍCULO 41

«...cuando un patrono no afilie a un trabajador deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado.»

(...)

ARTÍCULO 45. COTIZACION Y APORTES PARA EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. La cotización global para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, se fija en un seis y medio por ciento (6.1/2%) de los salarios asegurables, y será cubierta en un cuatro punto treinta y tres por ciento (4.33%) por los patronos y en un dos punto diecisiete por ciento (2.17%) por los trabajadores asegurados.

1.1.15. El Decreto 1476 del 10 de septiembre de 1994, que aprueba el Acuerdo 056 de 1992 del ISS, *por el cual se reajustan las cotizaciones para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*, consagró:

Artículo 1° Reajustar la cotización para el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, IVM, del 6.5% al 8% de los salarios asegurables, a partir del 1° de enero de 1993. La cotización será cubierta en un sesenta y siete por ciento (67%) por los empleadores y en un treinta y tres por ciento (33%) por los trabajadores afiliados.

Nota: Los subrayados son fuera de los textos.

1.2. Según las normas transcritas, en los aportes al ISS concurrían el empleador, el trabajador y el Estado, en porcentajes que fueron variando con el transcurso del tiempo.

1.3. Como pudimos ver, hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 existía una gran cantidad de regímenes y condiciones de diverso tipo como capital de la empresa, número de trabajadores, tiempos de servicio, normatividad aplicable en el tiempo, si el ISS tenía o no cobertura, variación en los porcentajes de los aportes entre trabajador y empleador, etc. Esta variedad de regímenes y de situaciones impidió durante muchos años la posibilidad de acumular tiempos de servicio y mucho menos cuando era el propio empleador quien tenía a su cargo la pensión; situación donde existía para el trabajador una mera expectativa de adquirir la pensión mientras esta no se consolidara en su totalidad, es decir, no se trataba de un derecho adquirido, y correlativamente el empleador no tenía una obligación por el tiempo servido.

1.4. La seguridad social como un servicio público de rango supralegal nace con la Constitución Política de 1991, que en la redacción original de su artículo 48 dispuso:

ARTÍCULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

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

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

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

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. (Subrayas propias).

Esta norma fue complementada mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 con el siguiente texto:

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. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que

la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

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

PARÁGRAFO 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente

para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año. (subrayado fuera de texto).

1.5. Como desarrollo normativo de la Constitución, el Congreso aprobó la Ley 100 de 1993 mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En el artículo 33 de dicha ley se contemplaron los requisitos para acceder a la pensión de vejez, estipulándose la edad mínima, el tiempo de cotización y la forma como se computa dicho tiempo.

1.6. En el referido artículo 33 se consagró en el inciso segundo del párrafo primero que los tiempos servidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100, a cargo de cajas privadas y de empleadores privados, se tendrán en cuenta para efectos del cómputo de semanas cotizadas, *siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.* Dice la disposición normativa:

ARTICULO 33.- Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez.

Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

PARAGRAFO 1.- Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13o. se tendrá en cuenta:

a. El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados.

c. El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

d. El número de semanas cotizadas a cajas previsionales de sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

e. Derógase el párrafo del artículo séptimo (7o) de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.
(...)

1.7. El segundo inciso del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 fue demandado ante la Corte Constitucional. Según la actora, la norma exige el traslado del aporte al sistema de seguridad social en pensiones para el reconocimiento de la pensión, por lo que el beneficio de la pensión queda sometido a la diligencia del empleador, lo cual no es conforme a la Constitución. En su sentir, el trabajador debe tener derecho a que se le reconozca la pensión si se le hicieron los descuentos, aun cuando no se hubieren realizado las transferencias a la entidad administradora de pensiones. Añadía que, si no se hace el giro de las cotizaciones entonces es el Estado quien debe responderle al trabajador por la pensión.

1.8. Bajo los cargos propuestos por la demandante, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la norma demandada en los siguientes términos:

*Declarar **EXEQUIBLE** el segundo inciso del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de control, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos; y que el trabajador puede exigir al empleador o a la caja, según el caso, el traslado, con base en el cálculo actuarial, de la sumas anteriormente cotizadas, las cuales deberán ser recibidas, salvo justa causa, por la entidad administradora a la cual se afilie, siendo procedente la tutela si se puede ver afectado el mínimo vital, la igualdad o el debido proceso¹.*

1.9. El literal c) del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 fue demandado ante la Corte Constitucional con fundamento en que excluyó el tiempo servido con anterioridad a la Ley 100 si el vínculo laboral no estaba vigente para el momento de la entrada en vigencia de esta normatividad. La norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-506 de 2001² con fundamento, principalmente, en que la Ley 100 de 1993 no puede ser aplicada de manera retroactiva. Textualmente dijo la Corte:

La ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias. No debe olvidarse que la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (art. 48 C.P.) y que los derechos prestacionales, como la seguridad social, son

¹ Sentencia C-197 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² Corte Constitucional. Sentencia C-506 del 16 de mayo de 2001. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

de realización progresiva y deben ser satisfechos con recursos económicos e institucionales limitados.

(...)

Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida.

(...) El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión. (...)

Para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley 100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

(...)

Para la Corte al respecto, la argumentación planteada por la demandante atinentes al empobrecimiento del trabajador y el correlativo enriquecimiento injustificado del empleador en este caso, desconoce el hecho de que en lo concerniente a las relaciones laborales extintas antes del 23 de diciembre de 1993 (fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993) no había nacido ningún tipo de obligación en cabeza del empleador ni ningún derecho correlativo en cabeza del trabajador que pudiera considerarse válidamente un derecho patrimonial y que fuese por tanto exigible al primero de ellos. Como se dijo atrás los trabajadores que se encontraban en estas circunstancias tenían una simple expectativa de derecho que solo se consolidaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales.

Crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 y 58 C.P.)

(...)

Los fines que persigue el sistema de seguridad social, y que son claramente loables desde el punto de vista constitucional, y que establecen cargas tanto al Estado como a los particulares, no se pueden alcanzar sino con el estricto respecto de los principios del Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la irretroactividad de la ley en el tiempo.

Es por ello que no resultaría aceptable que la nueva ley pudiera afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de su vigencia, por lo que tuvo razón el legislador en ejercicio de su

libertad de configuración en materia de seguridad social (arts 48 y 53 C.P.) al encaminar sus esfuerzos para hacer efectivo el principio de universalidad de la seguridad social, limitándolo a los vínculos laborales existentes o a los que pudieran crearse después de la entrada en vigencia de la norma atacada. (Negritas y subrayas propias).

En consecuencia la Corte declarará la exequibilidad del literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

1.10. El Congreso de la República profirió la Ley 797 de 2003 y mediante el artículo 9 se subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual trajo una redacción sustancialmente idéntica a la norma original en lo que respecta al literal c) del párrafo 1º del referido artículo 33. Este literal fue demandado ante la Corte Constitucional, quien mediante Sentencia C-1024 de 2004³ decidió abstenerse de emitir un nuevo pronunciamiento de fondo en consideración a que había operado el efecto de cosa juzgada, sin embargo, reiteró que la norma demandada era conforme a la Constitución. Dijo la Corte:

A juicio de esta Corporación, la disposición acusada resulta acorde a la Carta Fundamental, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatará el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

En segundo término, y en estrecha relación con lo expuesto, porque de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º y 58).

1.11. Como se expresó, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. El inciso segundo del párrafo primero de este artículo tiene similitud con la norma anterior, sin embargo, este artículo nuevo trajo cambios importantes y consagró conceptos como *bono o título pensional*. El texto actual y vigente es el siguiente en lo que nos interesa resaltar:

Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

(...)

1.12. Como puede verse, esta disposición se refiere a “cálculo actuarial” y a un “bono o título pensional” de manera genérica, vaga, imprecisa, absolutamente indeterminada, sin definirlos, sin regular en qué consisten estos conceptos⁴. Este texto no señala qué elementos componen el cálculo actuarial; cuáles conceptos se deben tener en cuenta en la fórmula para hacer cálculo actuarial; si es o no relevante tener en cuenta si el ISS tenía o no cobertura; si el empleador estaba o no en mora en los períodos a trasladar; cómo se tienen en cuenta los porcentajes a cargo del empleador,

⁴ La Ley 100 de 1993 reguló con especial detalle los bonos pensionales en los artículos 115 a 127, los cuales son los instrumentos para trasladar del régimen de primea media al régimen de ahorro individual, el cual está dirigido sustancialmente para el sector público.

trabajador y Estado para el cálculo actuarial; si el empleador había o no realizado descuentos para los aportes del trabajador; cuál autoridad debe de hacer el cálculo actuarial para garantizar objetividad e imparcialidad; cuál es el procedimiento para hacer el cálculo actuarial para garantizar el debido proceso; no establece de qué manera se garantiza que los recursos a trasladar conserven el poder adquisitivo constante como lo manda el artículo 48 de la Constitución, entre otros aspectos. Tampoco dice este texto quiénes pagan los títulos pensionales, en qué plazos se pagan, cuáles son los elementos mínimos que deben contener, cómo se cobra el título pensional, si prestan o no mérito ejecutivo, etc. Al ser los aportes a pensiones de naturaleza parafiscal la Ley 100 debió precisar quién es el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable, la tarifa, lo cual necesariamente tuvo que haber sido regulado en una ley según la Constitución (arts. 48, 150-12, 338 y 365) para garantizar los principios de legalidad, reserva de ley y certeza que deben cumplirse en estas materias.

1.13. Ante semejantes vacíos normativos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1887 de 1994 al cual tituló *“por el cual se reglamenta el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993”* invocando las facultades conferidas en el artículo 189-11 de la Constitución, a través del cual reguló todos los referidos aspectos que competían de manera exclusiva al legislador, tal como lo señalan los artículos 48, 150-12, 338 y 365 de la Constitución.

1.14. El día 21 de octubre de 2020 presenté demanda de inconstitucionalidad contra la norma que hoy demando y contra el Decreto 1887 de 1994, a la cual se le asignó el radicado D-14024 y el magistrado ponente fue el doctor Alejandro Linares Cantillo. Mediante auto de 18 de noviembre de 2020 se rechazó la demanda contra el Decreto 1887 y se inadmitió frente al artículo 33 de la Ley 100 y se me otorgó el término de 5 días para subsanar los requisitos exigido; pero dada la complejidad del tema preferí presentar una nueva demanda cumpliendo las exigencias de la Corte y retirando todo lo referente al Decreto 1887 de 1994.

2 – NORMAS DEMANDADAS

Se demanda parcialmente el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, concretamente lo que se demanda es el inciso 2° del parágrafo 1°, que se resalta a continuación:

LEY 797 DE 2003

(enero 29)

Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero 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

El Congreso de Colombia,

DECRETA
(...)

ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. **REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.

3 – COMPETENCIA

El artículo 241 de la Constitución Política señala que la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes. Dice la norma:

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

Así las cosas, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad.

4 –NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Además de las normas señaladas en el acápite de los cargos de inconstitucionalidad, la norma demandada viola los siguientes artículos de la Constitución:

- Artículo 1º
- Artículo 2º
- Artículo 48
- Artículo 150, numeral 12
- Artículo 151
- Artículo 338
- Artículo 365

Artículo 29 del Decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”

5 – NO HA OPERADO EL EFECTO DE COSA JUZGADA

Como ya lo dijimos, el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, fue demandado ante la Corte Constitucional, quien declaró la norma constitucional mediante la sentencia C-177 de 1998. El artículo 9 de la Ley 797 de 2003 subrogó el artículo 33 de la Ley 100 y mediante el presente escrito se demanda la constitucionalidad del inciso segundo del párrafo primero de dicho artículo, por lo cual es necesario precisar que no se presenta sobre la norma demandada el efecto de cosa juzgada.

La cosa juzgada constitucional se da si un pronunciamiento anterior de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional recae sobre la misma norma y si los cargos de la demanda son iguales a los que se plantean en una nueva acción pública de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional ha explicado las distintas categorías del efecto cosa juzgada, y para la presente demanda resulta ilustrativa la sentencia C-173 de 2019⁵ donde señaló:

“23. El desistimiento tácito, regulado actualmente en el artículo 317 del CGP, había sido desarrollado, en similares términos, por el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). El literal “g” del inciso segundo del artículo 317 del CGP (norma demandada) y el inciso 4º del artículo 346 del CPC, en efecto, tienen el mismo contenido. Esta última disposición, que, se insiste, tiene el mismo contenido que la norma que aquí se

⁵ M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

demanda, fue sometida al control de la Corte en la sentencia C-1186 del 3 de diciembre de 2008 (expedientes D-7312 y 7322). Se debe, en consecuencia, decidir si, en relación con dicha providencia, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional

24. *Para tales efectos, se debe contrastar el objeto de control (identidad de objeto) y los cargos de inconstitucionalidad (identidad de cargos) en ambos procesos de constitucionalidad. Existe cosa juzgada si un pronunciamiento anterior de la Corte, proferido en sede de control abstracto de constitucionalidad, recae sobre la misma norma^[28] y si los cargos de la demanda son iguales o equivalentes a los que se plantean en el nuevo proceso^[29].*

25. *Hay cosa juzgada formal cuando la decisión anterior recae sobre el mismo enunciado normativo. Se configura cosa juzgada material si el pronunciamiento anterior se ocupa de una norma que, primero, resulta equivalente a la que se demanda posteriormente y, segundo, está contenida en un texto o enunciado normativo diferente. Se presenta el fenómeno de la cosa juzgada absoluta cuando la primera decisión agota cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma que se cuestiona^[30]. Se presenta la cosa juzgada relativa, cuando en la decisión previa se juzga la constitucionalidad desde la perspectiva de alguno o algunos de los cargos plausibles^[31].*

26. *Ahora bien, aunque en el caso sub examine sería posible predicar la identidad de objeto frente a la sentencia C-1186 de 2008, en el entendido de que el texto allí sometido a control constitucional resulta ser el mismo que el que en esta ocasión se demanda, lo cierto es que no puede concluirse lo mismo respecto de la identidad de cargos. En esa oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada, resolviendo los siguientes problemas jurídicos: (i) “¿viola el artículo 158 de la Constitución una ley que reforma parcialmente otra ley, si su publicación no se inserta en el texto total de la reformada, con todas las modificaciones aprobadas?”^[32], y (ii) ¿establecer el desistimiento tácito, en las condiciones y con los efectos previstos en la ley acusada, viola los derechos a acceder a la administración de justicia, al debido proceso, comparación entre proceso y la garantía de los derechos adquiridos, así como otros conexos con éstos y que serían protegidos mediante procesos judiciales civiles o de familia?^[33]. En esta ocasión, sin embargo, en caso de resultar apto el cargo, el problema jurídico gira en torno a determinar si la disposición demandada desconoce o no el principio de prevalencia del derecho sustancial que reconoce el artículo 228 de la Constitución Política.*

27. *Puede concluirse, pues, que, aunque podría admitirse la existencia de cosa juzgada formal, porque el control constitucional en esa ocasión y en este proceso recaen sobre el mismo contenido normativo, lo cierto es que no es procedente hablar de la configuración de cosa juzgada absoluta porque la sentencia C-1186 de 2008 no agotó el debate sobre la constitucionalidad del contenido normativo que aquí se cuestiona.*

28. *El análisis de la demanda sub examine permite afirmar que en esta ocasión lo que se presenta es el fenómeno de la cosa juzgada relativa (explícita)^[34], ya que la Corte, en una decisión anterior, juzgó la constitucionalidad del mismo texto contenido en el literal “g”, inciso 2º, del artículo 317 del CGP, pero lo hizo únicamente desde la perspectiva de algunos de los cargos posibles, los cuales, de todas formas, son diferentes a los que aquí propone el demandante. En consecuencia, la Sala considera que es posible examinar la norma acusada desde la perspectiva de las nuevas acusaciones que formula el actor.” (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

Como puede observarse, la cosa juzgada puede ser: (i) *formal* cuando el pronunciamiento anterior recae sobre el mismo enunciado normativo; (ii) *material* cuando se trata de una norma que fue estudiada, pero que, luego el mismo enunciado fue incorporado en un texto diferente; (iii) *absoluta* cuando la primera decisión agota cualquier debate sobre la constitucionalidad de una norma; y (iv) *relativa* cuando la decisión previa tuvo un análisis dirigido a algunos cargos en concreto. De las clases de cosa juzgada señaladas, la única que cerraría por completo la posibilidad de un estudio de fondo sobre la constitucionalidad de una norma es la cosa juzgada absoluta.

Es indudable que la sentencia C-177 de 1998 no tiene el efecto de cosa juzgada absoluta frente a la norma demandada por las siguientes dos razones. La primera, porque la norma original de la Ley 100 fue modificada de forma significativa por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 en el aparte demandado.

Los textos tienen diferencias relevantes, dado que en la nueva disposición se hizo extensivo la aplicación del cálculo actuarial a otros supuestos no contemplados en la norma original y además trajo los términos “bono” y “título” pensional, que son objeto de esta demanda. Veamos las dos normas:

Ley 100 de 1993	Ley 797 de 2003
En los casos previstos en los <i>literales c) y d)</i> , el computo será procedente siempre y cuando el empleador o lacaja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.	En los casos previstos en los <i>literales b), c), d) y e)</i> , el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, <i>el cual estará representado por un bono o título pensional.</i>

Al ser los textos demandados diferentes, entonces no puede predicarse el efecto de cosa juzgada en esta demanda.

La segunda razón consiste en que el cargo por el cual fue demandado el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 se limitó específicamente a la carga que tenía que soportar el trabajador de tener que esperar al traslado del valor del cálculo actuarial para poderse pensionar, lo que la demandante consideró contrario a la Constitución, lo cual fue el objeto de la Sentencia C-177 de 1998 y la norma fue declarada exequible bajo el entendido que es necesario garantizarle al trabajar el traslado de las sumas correspondientes y de establecer controles y mecanismos expeditos tendiente a evitar dilaciones en ese sentido. Esta demanda que se promueve se fundamenta en cargos muy diferentes a los ya estudiados por la Corte Constitucional, más concretamente soportados en que la ley debió regular todos los elementos del cálculo actuarial y de los títulos pensionales, para así regular

integralmente el servicio de seguridad social tal como lo manda la Constitución (Arts. 48 y 365 C.P.). Además, se demanda porque los aportes a pensiones son de naturaleza parafiscal y que por ello la Ley 100 debió precisar quién es el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable, la tarifa, lo cual necesariamente tuvo que haber sido regulado en una ley según la Constitución (arts. 150-12 y 338), para garantizar los principios de legalidad, reserva de ley y certeza que se deben cumplir en estas materias.

Por todo lo expuesto, es claro que no se da el fenómeno de cosa juzgada y menos de carácter absoluto sobre la norma demandada y por ello habrá de dictarse una sentencia de fondo.

6 - CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

6.1. CARGOS CONTRA EL INCISO 2° DEL PARÁGRAFO 1° DEL ARTÍCULO 9° DE LA LEY 797 DE 2003, QUE SUBROGÓ EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993

Se presentan dos cargos, así:

6.1.1. CARGO UNO-VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 150-12 Y 338 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 29 DEL DECRETO 111 DE 1996-

Con la presente acción se demanda el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, artículo que subrogó el artículo 33 de la Ley 100, el cual señala que los tiempos de servicio prestados por los trabajadores, anteriores a la Ley 100 de 1993, se computarán para la pensión de vejez, siempre y cuando el empleador o caja trasladen con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente al trabajador que se afilie, representado en un bono o título pensional. Concretamente el texto normativo demandado dice:

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

La primera pregunta que debemos responder es qué tipo de norma es esta que establece esa obligación económica de empleadores y cajas de trasladar a entidades administradoras de pensiones unas sumas de dinero por el tiempo servido antes de la Ley 100 para financiar pensiones, para después estudiar si cumple o no las exigencias establecidas en la Constitución para este tipo de normas.

La norma demandada impone una obligación a los empleadores de pagar una suma de dinero, previo cálculo actuarial, lo que significa que el Estado está actuando en

ejercicio de poder de imperium. Las normas que imponen el pago de una obligación en dinero son de carácter tributario, las cuales se pueden manifestar como impuestos, tasas y contribuciones parafiscales, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional⁶.

Los impuestos se caracterizan por ser exigibles a todos los asociados, los recursos que estos generan ingresan al presupuesto del Estado y son destinados para satisfacer necesidades colectivas.

Las tasas tienen como característica el cobro que hace el Estado tendiente a recuperar total o parcialmente lo que ha invertido en un bien o servicio. El pago es usualmente proporcional al beneficio.

Las contribuciones parafiscales son una especie de tributo que se caracteriza por ser cobrado a un grupo de personas o un sector económico para su propio beneficio.

En este sentido, la obligación demandada no es un impuesto, tampoco una tasa; es una contribución parafiscal. La Constitución nos habla de que las obligaciones parafiscales son creadas por la ley (Arts. 150-12 y 338), mas no las define. Sin embargo, el Estatuto Orgánico de Presupuesto las define, norma que sirve de parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, dado que integra el bloque de constitucionalidad como bien lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dice el Decreto 111 de 1996 en su artículo 29:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que no forman parte del Presupuesto General de la Nación, independientemente de su naturaleza jurídica, se incorporarán en un presupuesto independiente que requerirá la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), salvo aquellas destinadas al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social [...]”.

Con fundamento en las normas transcritas, la Corte ha señalado las características esenciales de las contribuciones parafiscales, así:

“En esa oportunidad se dijo que los rasgos definitorios de las contribuciones parafiscales eran la obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, que definió

⁶ Sentencia C-621 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

así: “[...] *Obligatoriedad*: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento. [...] *Singularidad*: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico. [...] *Destinación Sectorial*: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”. Sin embargo, conviene aclarar, respecto de esto último, que “[l]a destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él”. (C-167 de 2014,⁷ C-621 de 2013,⁸ C-152 de 1997⁹ y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹⁰

Lo que sí ha regulado la Constitución es que las normas que establecen obligaciones parafiscales son de orden legal. En efecto, los artículos 150-12 y 338 de la Constitución señalan que en tiempo de paz sólo el Congreso, las asambleas y los concejos pueden crear contribuciones de esta naturaleza, definiendo directamente los sujetos activos y pasivos del pago, los hechos y bases gravables, y las tarifas. Dicen las normas:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. (Negrillas y subrayas propias).

(...)

Por su parte, el artículo 338 de la Carta establece:

ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. (Negrillas y subrayas propias).

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

⁷ MP. María Victoria Calle Correa.

⁸ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ MP. Jorge Arango Mejía. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Ver también sentencia C-621 de 2013 MP. Alberto Rojas Ríos.

Así las cosas, el mandato constitucional es que tanto las obligaciones fiscales como las parafiscales son figuras e instituciones similares y tienen exactamente la misma fuente normativa.

Ahora bien, la siguiente pregunta que debe resolverse es si los recursos para financiar la seguridad social en pensiones son o no de carácter parafiscal. En este punto debe decirse que tanto nuestra legislación como la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalan claramente que sí lo son.

La Ley 1607 de 2012, *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*, regula las contribuciones parafiscales de la protección social, donde están comprendidos los recursos de pensiones. Dice la norma:

ARTÍCULO 178. COMPETENCIA PARA LA DETERMINACIÓN Y EL COBRO DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. *La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras. (Subrayas y negrillas propias).*

PARÁGRAFO 1o. *Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes.*

PARÁGRAFO 2o. *La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida.*

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015 - *Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*, señala que los recursos para pensiones son de carácter parafiscal del sistema de Seguridad Social. Dice textualmente el decreto:

ARTÍCULO 2.12.1.1. DEFINICIONES. *Las expresiones contenidas en este título tendrán los siguientes alcances:*

1. Contribuciones Parafiscales del Sistema de la Protección Social: *Se refieren a los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social Integral conformado por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, y a los establecidos con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y al Régimen de Subsidio Familiar.” (Subrayas y subrayas propias).*

Para la gestión y fiscalización de los recursos parafiscales de la protección social la ley creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización. El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*, dispuso:

ARTÍCULO 156. GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;

ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos. (Negritas y subrayas propias).

(...)

La exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 1151 de 2007 es clara al señalar que los recursos de seguridad social, donde están incluidos los destinados a financiar las pensiones, son de carácter parafiscal. Allí se dijo:

– Se plantea la creación de una entidad del orden nacional que administre las pensiones ya reconocidas por Administradoras del Régimen de Prima Media y adelante la fiscalización de contribuciones parafiscales.

La nueva Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales, tiene como objeto garantizar la seguridad jurídica y la racionalización y eficiencia operativa del proceso de administración de pensiones reconocidas y reconocimiento de pensiones causadas por reconocer en Administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional y entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. También fortalecerá la función de fiscalización y control de las contribuciones parafiscales buscando generar un impacto definitivo en lo que a control a la evasión y elusión de aportes a la seguridad social y demás recursos parafiscales se refiere. La nueva entidad unificará la función de fiscalización y armonizará el cobro de las

obligaciones parafiscales que hasta el momento se encuentra dispersa y no se ejerce de manera permanente y coordinada por los actuales titulares. Esta propuesta surge en desarrollo de un Modelo Institucional Básico que busca solucionar los problemas que se presentan en la actualidad, tales como las fallas en la información derivadas del manejo indebido de las historias laborales y la inadecuada defensa judicial de algunas administradoras y entidades que han reconocido pensiones de las cuales se ha ordenado su liquidación, buscando evitar las situaciones de corrupción que se han evidenciado y que han generado con cargo al erario público, una carga financiera muy alta, injustificada. En síntesis, teniendo en cuenta que el objetivo de esta propuesta es organizar el marco institucional del Régimen de Prima Media del orden nacional, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales se encargará de administrar los derechos pensionales ya causados y reconocidos del Régimen de Prima Media público del orden nacional, y de modernizar el manejo de los archivos, los sistemas de información y la defensa judicial, a su vez esta entidad será la responsable de la gestión de fiscalización y de armonización del cobro coactivo de las contribuciones parafiscales. (Negrillas y subrayas propias).

Desde muy temprano la Corte Constitucional señaló que los recursos para financiar el sistema de seguridad social son de naturaleza tributaria, concretamente de carácter parafiscal. En efecto, mediante sentencia C-577 de 1995,¹¹ dijo:

No parece existir controversia sobre la naturaleza tributaria de la cotización obligatoria, dado que se trata de una obligación dineraria de carácter contributivo, dispuesta por la Ley y a cargo de los particulares. La cuestión se centra en determinar la categoría tributaria a la cual pertenece la mencionada cotización, a efectos de definir las normas aplicables.

(...)

Los ingresos parafiscales, denominados en la Carta "contribuciones parafiscales" (art. 150-12), se distinguen de otras especies tributarias en que se trata de recursos exigidos de manera obligatoria y a título definitivo, a un grupo determinado de personas, que se destinan a la financiación de un servicio o un bien específico, dirigido al grupo de personas gravadas. El pago de la contribución otorga al contribuyente el derecho a percibir los beneficios provenientes del servicio, pero la tarifa del ingreso parafiscal no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que se presta o al beneficio que se otorga. Los ingresos parafiscales tienen una específica destinación y, por lo tanto, no entran a engrosar el monto global del presupuesto Nacional.

(...)

12. La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

(...)

15. Como quedó señalado en aparte anterior de esta sentencia, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, reúne los requisitos de una típica contribución parafiscal. Sin embargo, como se señala en la intervención referida, esta contribución corresponde al aporte de que trata el artículo 49 de la Carta, ya que se destina, precisamente, a financiar el servicio público de salud, con fundamento en los

¹¹ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (art. 152,153, y 154 de la Ley 100 de 1993).

No encuentra la Corte razones para aseverar que los aportes al sistema de salud pública no tienen la naturaleza de contribuciones parafiscales, y siendo una especie tributaria de esta naturaleza, no existe ningún argumento para excluirla de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 338, que de manera general se refiere a las "contribuciones".

En consecuencia, una interpretación sistemática de la Carta lleva a la Corte a señalar que la cotización de seguridad social en salud es una contribución parafiscal de aquellas reguladas por lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 338 de la Carta y por ello la Ley puede delegar en otras autoridades la fijación de la tarifa correspondiente, siempre que establezca el sistema y método para calcularla, así como el modo de hacer el reparto de los costos y beneficios que tiende a sufragar. Pero al mismo tiempo, por tratarse de un aporte al sistema general de seguridad social en salud, la tarifa de la cotización debe ser fijada conforme a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, tal como lo dispone el artículo 49 de la Carta.

En este mismo sentido, en sentencia C-805 de 2001¹² la Corte Constitucional dijo:

*Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. **Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal.** (Subrayas y negrillas propias).*

Por su parte, en la sentencia C-152 de 1997 la Corte Constitucional se manifestó en relación con el concepto de contribución parafiscal y sus elementos y allí señaló:

*“En conclusión, según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las **contribuciones parafiscales** son éstas:*

- 1. Son **obligatorias**, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;*
- 2. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;*
- 3. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;*
- 4. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.*
- 5. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.*
- 6. El **control fiscal** de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, **corresponde a la Contraloría General de la República**, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.*

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

7. Son **excepcionales**. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

En cuanto a la reserva legal de la imposición de tributos como género, y de las contribuciones parafiscales como especie, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-891 de 2012¹³ así:

"De esta manera, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de legalidad del tributo tiene las siguientes características.

- **Es expresión del principio de representación popular y del principio democrático, derivado en últimas de los postulados del Estado Liberal.** (Negrillas y subrayas propias).

- *Materializa el principio de predeterminación del tributo, "según el cual una lex previa y certa debe señalar los elementos de la obligación fiscal"*

- *Brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales, con lo cual "se otorga una debida protección a la garantía fundamental del debido proceso".*

- *Responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de "unidad económica", especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso y la de las asambleas departamentales o de los concejos municipales^[31].*

- **No se predica únicamente de los impuestos, sino que es exigible también frente a cualquier tributo o contribución (en sentido amplio). No obstante, de la naturaleza del gravamen depende el rigor con el que la Ley debe señalar sus componentes. Así, frente a tributos de carácter nacional, el Congreso está obligado a definir todos los elementos en forma "clara e inequívoca", esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base impositiva y la tarifa.** Por el contrario, tratándose de gravámenes territoriales, especialmente cuando la ley solamente autoriza su creación, ésta debe señalar los aspectos básicos, pero existe una competencia concurrente de las asambleas departamentales o de los concejos municipales según el caso. (Negrillas y subrayas propias).

- *De conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 338, no sólo el legislador, sino también las asambleas y los concejos están facultados para fijar los elementos constitutivos del tributo*

- *La ley, las ordenanzas y los acuerdos, sin resignar sus atribuciones constitucionales, pueden autorizar a las autoridades de los distintos niveles territoriales, dentro de los límites debidamente señalados en ellas, para fijar las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes; empero, el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados, obligatoriamente, por la ley, las ordenanzas o los acuerdos, como así se deduce del texto del artículo 338 de la Constitución"*

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-891 del 31 de octubre de 2012. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta oportunidad se analizó la constitucionalidad de la expresión "El carácter de los sujetos pasivos y la base impositiva del tributo serán reglamentados por el Ministerio del Interior y de Justicia", contenida en el artículo 8° de la Ley 1421 de 2010, Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006.

Por otro lado, esta Corporación ha señalado una serie de reglas derivadas del principio de legalidad:

“(i) Son los órganos de elección popular quienes directamente deben señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de las obligaciones tributarias, pues esta exigencia emana de lo prescrito por el artículo 338 superior; (ii) al establecer los elementos del tributo, es menester que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo; (iii) sólo cuando la falta de claridad sea insuperable, se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria; (iv) el requisito de precisión y claridad las normas que señalan los elementos de la obligación tributaria no se opone al carácter general de dichas normas; (v) no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella.”(Negrillas y subrayas propias).

(...)

La existencia de ese principio de legalidad, no implica, sin embargo, que el legislador deba agotar la regulación de todas las materias hasta el detalle, puesto que, como lo ha señalado la Corte, cuando la regulación de determinada materia corresponda primariamente al Legislador, en virtud de la cláusula general de competencia, “... la ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, pues puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos.”

Así, solo la determinación política de los elementos del tributo estaría sujeta al rigorismo propio del principio de legalidad, al paso que las variables económicas que inciden sobre los mismos, son susceptibles de un tratamiento menos restringido.

Derivado del principio de legalidad de los tributos se encuentra el principio de certeza, conforme al cual los órganos de representación popular están obligados a determinar, de manera clara y suficiente, los elementos estructurales del impuesto, a fin de garantizar tanto la seguridad jurídica a favor de las personas sujetas al deber fiscal, como la eficacia en el recaudo del tributo

“En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa”.

El principio de certeza en materia tributaria, que surge como consecuencia lógica del de legalidad, tiene, según lo expuesto, la finalidad de garantizar que todos los elementos del vínculo impositivo entre los administrados y el Estado estén consagrados inequívocamente en la ley, bien porque las normas que crean el tributo los expresan con claridad, o porque en el evento en que una disposición remite a otra para su integración, es posible identificar dentro del texto remitido el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravable, la base gravable y la tarifa del gravamen. (Negrillas y subrayas propias).

Sin embargo, no siempre resulta exigible que la determinación de los elementos del tributo sea expresa, y no se viola el principio de legalidad tributaria cuando uno de tales elementos no está determinado en la ley, pero es determinable a partir de ella.

Según la jurisprudencia constitucional, el principio de certeza tributaria se vulnera no solamente con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo, sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas. No obstante, ha precisado esta Corporación, que en tales eventos, la declaratoria de inexequibilidad solo es

posible cuando la falta de claridad sea insuperable, es decir, cuando no sea posible establecer el sentido y alcance de las disposiciones, de conformidad con las reglas generales de hermenéutica jurídica.”

Al ser las contribuciones parafiscales de carácter tributario deben cumplir con los principios de legalidad y certeza previstos en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución. En un Estado democrático como el nuestro (art. 1°), la ley es aquella norma que representa la capacidad de autonormación de la colectividad, de la cual emana el poder público (art. 3) y por tanto sólo el Legislador, como representante del pueblo, puede establecer las normas más importantes y sensibles entre las que están las tributarias, que las rige el principio de reserva de ley. Así, es la ley la que debe establecer el sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa¹⁴, elementos esenciales del tributo que no pueden ser establecidos ni determinados por un órgano diferente al Legislador. Ello es lo que da seguridad jurídica a toda la colectividad, máxime en la nuestra donde tenemos un Estado unitario (art. 1° C.P.).

Esta facultad del Legislador en ningún momento puede ser asumida por el Ejecutivo, quien si bien tiene la potestad reglamentaria (art. 189-11 C.P.), su campo de acción no es creador ni autónomo, ya que es residual, dentro del espacio que le permite la ley¹⁵.

Sobre los elementos de certeza y legalidad de los tributos la Corte ha señalado en la sentencia C-621 de 2013 lo siguiente:

Una de las concreciones del principio de Estado de derecho en materia tributaria es el principio de legalidad y certeza en los elementos esenciales de los tributos que pagan quienes son sujetos pasivos de mismos dentro del territorio del Estado. Dicho principio tiene fundamento en el artículo 338 de la Constitución, que dispone:

“ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

¹⁴ Según el artículo 338 de la Constitución, en materias de tasas y contribuciones es posible que la tarifa no esté en la ley, pero sí debe de estar el método y el sistema para su determinación.

¹⁵ Puede consultarse la Sentencia C-740 de 1999.

*El primer elemento que surge del enunciado constitucional hace referencia a la **legitimidad** que deben tener las disposiciones que creen y definan los elementos fundamentales de los tributos en el ordenamiento colombiano. Así, con fundamento en la previsión constitucional, la Corte ha interpretado que la legalidad en materia tributaria es un principio “derivado del de representación democrática, [que] implica que sean los órganos de elección popular -y no otras autoridades o personas- quienes directamente se ocupen de señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de la obligación tributaria”¹⁶.*

Esta exigencia resulta fundamental en un Estado que abraza la democracia como uno de sus principios esenciales –artículos 1, 2 y 3 de la Constitución- y que, por consiguiente, debe procurar el mayor grado de participación en las decisiones que afectarán la vida económica y política de los destinatarios de las mismas. Participación que no se agota en la faceta subjetiva de la decisión –es decir, el carácter de soberano o de representante del soberano- de quien la toma, sino que exige, además, que el procedimiento por el que son decididos los asuntos más importantes sea un procedimiento que garantice publicidad, acuerdo de la mayoría y pluralismo político, elementos que integran el principio democrático en lo que al procedimiento de decisión legislativa refiere. Participación que, como elemento del principio democrático, resulta esencial en la decisión de las cargas tributarias que deben soportar los ciudadanos y que, por consiguiente, se mantiene aún como uno de los pilares axiales a un Estado al que legitima el carácter democrático de sus actuaciones.

Desde la perspectiva de la legitimidad democrática, una decisión que impone cargas tributarias a los ciudadanos cuando incluida en una ley -aprobada por el Congreso, luego de superar las exigencias del procedimiento legislativo- tiene una significación diametralmente distinta de la decisión tomada por procedimientos que no involucran estos elementos. Es esta la razón para la diferencia que existe entre el espacio reconocido al legislador y el concedido al Gobierno en la decisión sobre la creación o modificación de los tributos en el ordenamiento colombiano.

No obstante la importancia del origen democrático de los tributos, el objeto del principio de legalidad no se agota en la legitimidad de la norma que configure los elementos del tributo.

*Un contenido fundamental del mencionado principio es, así mismo, la **seguridad jurídica** en relación con los elementos del tributo. Este aspecto obliga a que los órganos de representación “determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo, pues de lo contrario no sólo se genera inseguridad jurídica, sino que en el momento de la aplicación de las normas ‘se permiten los abusos impositivos de los gobernantes’¹⁷, o se fomenta la evasión, ‘pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado’¹⁸.”¹⁹*

Es la propia Constitución en el artículo 338 la que determina qué elementos deben ser definidos directamente por el Congreso de la República, las asambleas departamentales o los consejos distritales o municipales: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravado, la base gravable y la tarifa. Estos han sido denominados por la jurisprudencia constitucional elementos esenciales del tributo²⁰.

¹⁶ Entre otras, sentencias C-740 de 1993, C-155 de 2003, C-121 de 2006, C-740 de 2010 y C-891 de 2012.

¹⁷ Sentencia C-084 de 1995

¹⁸ Sentencia C-488 de 2000.

¹⁹ Sentencias C-597 de 2000, C-1179 de 2001, C-155 de 2003 y C-121 de 2006, entre otras.

²⁰ Entre muchas, sentencias C-583 de 1996, C-1179 de 2001, C-227 de 2002, C-155 de 2003, C-776 de 2003, C-134 de 2009, C-402 de 2010, C-704 de 2010 y C-891 de 2012.

El nivel de determinación de estos elementos puede variar de una regulación a otra, siendo aceptado por la jurisprudencia constitucional que “no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella”²¹. Exigencia que se entenderá desconocida “sólo cuando la falta de claridad sea insuperable, [caso en el que] se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria”²².

Así mismo, la Constitución prevé casos en que la determinación de los elementos de los tributos puedan ser dejados a autoridades administrativas, siempre que se establezcan ciertos parámetros por parte de los órganos de representación. El segundo inciso del artículo 338 de la Constitución dispone:

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobre a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas y los acuerdos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se debe analizar caso por caso si han sido previstos elementos y directivas suficientes que permitan determinar el sistema y el método para fijar la tarifa de una tasa o de una contribución –ya sea esta fiscal o parafiscal-, en los casos de delegación a la administración²³. En este sentido ha concluido que no es posible extraer de los términos constitucionales un parámetro general sobre qué debe entenderse por sistema y por método, de manera que será un estudio del caso concreto el que permita establecer si fueron satisfechas por el legislador las exigencias derivadas del principio de legalidad tributaria.

Luego de hacer un recuento jurisprudencial de los principios de decisión aplicados hasta el momento por la Corte Constitucional, en sentencia C-155 de 2003 se estableció:

“Lo primero que la Sala observa es que para determinar las tarifas de tasas y contribuciones la Constitución no señaló lo que debía entenderse por “sistema” y “método”, pero reconoció la necesidad de acudir a ellos al menos en tres momentos: (i) para definir los costos de los servicios, esto es, los gastos en que incurrió una entidad, (ii) para señalar los beneficios generados como consecuencia de la prestación de un servicio (donde naturalmente está incluida la realización de una obra) y, (iii) para identificar la forma de hacer el reparto de costos y beneficios entre los eventuales contribuyentes.

Si bien es cierto que la falta de definición se explica por la naturaleza abierta de las normas constitucionales, así como por la multiplicidad de tasas y contribuciones que pueden crearse, también lo es que la significación de esos conceptos no puede desvanecerse a tal punto que desaparezca su eficacia como norma jurídica. En consecuencia, a juicio de la Corte, es necesario identificarlos con claridad, pues aunque los términos guardan cierta relación de conexidad tienen sin embargo connotaciones distintas.

²¹ Entre otras, sentencia C-822 de 2011.

²² Sentencia C-822 de 2011.

²³ Entre otras, sentencias C-155 de 2003 y C-704 de 2010.

En efecto, un sistema “se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes”²⁴. Supone coherencia interna para relacionar entre sí los componentes de un conjunto, que en el ámbito tributario representan la combinación de reglas y directrices necesarias para determinar los costos y beneficios de una obra o servicio, así como la forma de hacer su distribución.

Por su parte, el método está referido a los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente. Así, constituye el procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria”.

Lo que es reiterado en la sentencia C-403 de 2010 en la que se estableció “cuando la normatividad se refiera a tasas y contribuciones, la obligación de los órganos populares pluralistas no se extiende hasta la fijación precisa y clara de la tarifa, sino hasta la determinación del sistema y el método, en virtud de los cuales otras autoridades habrán de fijar la tarifa de esas especies tributarias”.

Por esta razón, frente a las tasas y contribuciones tanto el “sistema” como el “método”, referidos en el artículo 338 de la Constitución, deben ser lo suficientemente claros y precisos a fin de evitar que los órganos de representación popular desatiendan un expreso mandato Superior; sin embargo esta exigencia no puede entenderse como una descripción detallada o rigurosa de cada uno de los elementos y procedimientos a tener en cuenta para fijar la tarifa, pues en tal caso la facultad constitucional de las autoridades administrativas perdería por completo su razón de ser.

Resulta valioso recordar que en sentencia C-402 de 2010 se estableció por parte de esta Corporación

“11.1. La determinación del método y el sistema de las tarifas responde a modelo flexible. Así, su cumplimiento no se deriva de la prescripción, por parte del legislador, de fórmulas sacramentales²⁵ o, inclusive, del uso de los términos “método y sistema”. Sin embargo, tampoco puede extenderse el cumplimiento del deber constitucional de definición legal a una formulación tan vaga, ambigua o insuficiente,²⁶ que haga nugatoria la obligación fijada por la Carta. Por ende, la Corte ha entendido que ‘... una interpretación coherente de la normatividad constitucional y el fin del precepto superior, llevan a la conclusión según la cual los métodos -pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa- y los sistemas -formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación- son directrices cuyo acatamiento es obligatorio para el encargado de fijar la tarifa y constituyen a la vez garantía del contribuyente frente a la administración’. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-455 del 20 de octubre de 1994).’²⁷”

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-816/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

²⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1371/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-155/03, (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). Cabe anotar que como se estableció en la decisión C-532/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la citada sentencia la Corte unificó su doctrina en torno a método y sistema en materia de tributos, tasas y contribuciones.

Esta concesión establecida por la propia Constitución, consistente en que en materia de tasas y contribuciones se puede delegar la facultad para fijar las tarifas en otra autoridad diferente a los cuerpos colegiados de elección popular, se ha entendido como restringida y de interpretación estricta por parte de la jurisprudencia de esta Corte, pues i) no se trata de una facultad absoluta e ilimitada para fijar la tarifa respectiva; y ii) es una excepción al elemento de legitimidad democrática que concreta el principio de legalidad tributaria²⁸.

De esta forma el principio de legalidad tributaria adquiere una dimensión específica cuando de la determinación de la tarifa de tasas y contribuciones se trata.

En conclusión, Congreso, asambleas y concejos deben determinar todos y cada uno de los elementos del tributo o, al menos, brindar las pautas o criterios que permitan su determinación. Mención especial merece la tarifa de las tasas y contribuciones que, aunque también se encuentra dentro de la competencia de configuración del legislador, asambleas y concejos, la determinación de la misma puede ser encomendada a las autoridades administrativas, siempre y cuando se establezcan por los cuerpos colegiados de representación el sistema y el método para realizar esta determinación.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que una norma puede ser declarada inexecutable por infracción al principio de certeza tributaria. En la sentencia C-511 de 2019 señaló:

Esta corporación ha sostenido que la declaratoria de inexecutable por infracción del principio de certeza tributaria concurre “cuando de la prescripción dispuesta por el Legislador no sea posible dilucidar el contenido del elemento estructural del tributo.”, o cuando la indefinición de los elementos esenciales del tributo se torna “irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser [su]s elementos esenciales”, por cuanto al alcanzar tal grado de imprecisión, la misma atenta contra lo dispuesto en el artículo 338 de la Carta Política, pues conllevaría que las autoridades encargadas de ejecutarla se vean llamadas a completar los vacíos o indeterminaciones de la regulación legal, con lo cual estas terminarían definiendo a su vez aspectos esenciales de los elementos constitutivos del gravamen cuyo establecimiento es competencia del Congreso” (Negritillas y subrayas fuera del texto)

Todo este recorrido jurisprudencial, que comparto plenamente y hago mío en esta demanda, es el que tomaremos de base para resolver el cargo planteado. Concretamente si la norma demandada cumple o no con las exigencias constitucionales.

La norma demandada es el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 mediante el cual se subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que señala que los tiempos servidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 se tendría en cuenta para el cómputo de la pensión siempre y cuando el empleador o caja traslade un bono o título pensional, a satisfacción del fondo de pensiones, según el cálculo actuarial que se realice. Dice la norma literalmente:

²⁸ Sentencia C-816 de 1999 y C-1067 de 2002.

ARTÍCULO 9°. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Ya señalamos que los recursos destinados a financiar las pensiones son de carácter parafiscal y en tal sentido corresponde en este control de constitucionalidad estudiarse si la norma demandada cumple o no con los principios de legalidad y certeza tributaria establecidos en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución. Por ello, todo tributo debe contener como sus elementos esenciales el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa.

Es evidente que la norma demandada no cumple con los elementos esenciales del tributo, pues sólo establece que el empleador o caja deberá trasladar una suma a satisfacción de la entidad administradora a la que se afilie el trabajador, representada en un bono o título pensional con base en un cálculo actuarial. En este sentido, el

sujeto activo no está determinado. El *sujeto pasivo* es el empleador o caja. El *hecho generador* sería el período servido por el trabajador anterior a la Ley 100 y en el que este no estuvo afiliado. La *base gravable* no está en la norma. La *tarifa* tampoco está en la norma ni existe el método ni el sistema para determinarla.

Miremos cada uno de los puntos que no están en la norma y que son exigencia constitucional. La Corte Constitucional ha estudiado estos elementos esenciales del tributo y ha definido al sujeto activo, así;

*i) **Sujeto activo:** la jurisprudencia de la Corte ha construido un concepto tripartito de este elemento, en el que puede tenerse como sujeto activo a quien tiene la potestad tributaria, es decir la facultad de crear y regular un determinado impuesto. También es sujeto activo el acreedor que tiene el poder de exigir la prestación económica materializada con el tributo; y por último, este elemento incluye al beneficiario del recurso, que además puede disponer del mismo.*"²⁹

En el presente caso, la disposición demandada no especifica quién es el sujeto activo de la contribución parafiscal, pues si bien es una ley la que establece la obligación, también lo es que no señala quién es el acreedor de esa obligación ni tampoco se especifica quién sería el beneficiario de ese pago, si el fondo de pensiones o el trabajador. Esta generalidad e imprecisión son inadmisibles en una obligación tributaria, lo que hace que esta demanda esté llamada a prosperar.

La base gravable tampoco se encuentra en la norma, concepto que la Corte Constitucional, en la sentencia ya citada, la define así:

*iii) **Base gravable:** ha sido definida por esta Corporación como: "... la magnitud o la medición del hecho gravado, a la cual se le aplica la correspondiente tarifa, para de esta manera liquidar el monto de la obligación tributaria" se trata de la cuantificación del hecho gravable sobre el que se aplica la tarifa.*

Es absolutamente incuestionable que la base gravable es inexistente en la disposición demandada. Ciertamente, aquí no se sabe cuál es la magnitud o la medición del hecho gravado al cual se le debe aplicar la tarifa para de esa manera determinar el monto de la contribución. No se especifican elementos como el monto del salario a tener en cuenta ni parámetros similares. La norma demandada es aplicable a los literales *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del artículo 9 de la Ley 797 de 2004, los cuales consagran situaciones muy diferentes, pues en ellos se hace referencia a que para otorgar la pensión se tendrá en cuenta el tiempo como servidores públicos incluyendo regímenes exceptuados (dentro de este grupo hay una variedad inmensa), el tiempo servido a empleadores que tenían a cargo las pensiones de sus trabajadores, el tiempo a cargo empleadores que no hubiesen afiliado a sus trabajadores a pensiones y al tiempo cotizado en cajas que tenían a cargo las pensiones, variedad de situaciones que no se pueden obviamente estandarizar en el concepto sin contenido de "cálculo actuarial".

²⁹ Sentencia C-260 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En definitiva, la norma sólo dice que se hará un “cálculo actuarial”, pero no determina cuáles son los elementos que se tendrán en cuenta para hacerlo, ni señala cuál será la base gravable que servirá de parámetro. Una norma tributaria no puede abstenerse de regular sus elementos esenciales y decir simple y llanamente que remite a una figura (cálculo actuarial) que tampoco desarrolla ni precisa en la Ley 100 ni en ninguna otra ley. Ante tremendo vacío es evidente que se viola el principio de legalidad y certeza del tributo y por ello se debe de acceder a la declaratoria de inexecutable de la norma demandada.

La tarifa es otro requisito esencial de las normas que consagra tributos y que no está regulada en la norma demandada. La tarifa, en la sentencia que venimos citando, es definida así:

*iv) **Tarifa:** debe entenderse como la magnitud o el monto que se aplica a la base gravable y determina el valor final del tributo que debe sufragar el contribuyente.*

Brilla por su ausencia la tarifa en la disposición demandada, pues esta norma no señala cuál es el monto o magnitud que ha de aplicarse a la base gravable (la cual tampoco está en la norma, como lo acabamos de ver) para determinar el monto que se debe de pagar por el tiempo no cotizado y que estaría a cargo del empleador o caja. Ante este vacío, la norma simplemente remite a que el valor será determinado según un “cálculo actuarial”, lo cual de ninguna manera puede ser la manera de evitar regular la tarifa a tener en cuenta a la hora de determinar el valor a pagar en un tributo o contribución. La Constitución en su artículo 338 ha señalado que es posible que la ley permita que sean las autoridades las que fijen la tarifa de las tasas y contribuciones a cobrar a los contribuyentes según los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, *pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley*. Sobre el sistema y el método la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 2003 dijo:

En efecto, un sistema “se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes”³⁰. Supone coherencia interna para relacionar entre sí los componentes de un conjunto, que en el ámbito tributario representan la combinación de reglas y directrices necesarias para determinar los costos y beneficios de una obra o servicio, así como la forma de hacer su distribución.

Por su parte, el método está referido a los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente. Así, constituye el procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria”.

Es más que evidente que en la norma demandada no se regula cuál es el sistema donde se consagran reglas y directrices necesarias para determinar los costos y beneficios del servicio, así como la forma de hacer su distribución. Tampoco precisa el método,

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002 MP. Eduardo MontealegreLynett.

pues no contiene los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente, ya que no hay en la norma demandada un procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria que definir la tarifa para hacer el cálculo actuarial, todo lo cual viola claramente los principios de certeza y legalidad de la obligación tributaria y por ello la demanda deberá prosperar.

En definitiva, los conceptos “cálculo actuarial” y “título pensional” no están definidos en la Ley 100 ni en ninguna otra ley. No se sabe qué fórmulas ni elementos deben tenerse en cuenta para hacer el cálculo actuarial y traer a valor presente unos recursos económicos. Se abstiene la ley de decir quién hace el cálculo actuarial y en qué momento. Tampoco se sabe qué es el “título pensional”, quién lo emite, qué elementos contiene, si prestan o no mérito ejecutivo, no se señala el procedimiento para su emisión. Como puede verse, estos conceptos que trae la norma demandada se tratan de expresiones absolutamente indeterminadas, vacías, sin contenido, sin los más mínimos elementos de regulación legal, donde no se dice qué elementos o fórmulas deben tenerse en cuenta para su elaboración y que dan paso para permitir una deslegalización del tributo, lo cual viola claramente el principio según el cual no hay contribución sin representación, propio de nuestro estado democrático de derecho. Esta norma ha llevado a que el Ejecutivo tenga una discrecionalidad absoluta, no para reglamentar, sino para llenar los vacíos dejados por el Legislador, lo que a todas luces viola el artículo 336 de la Constitución.

Esto conllevó que el Gobierno Nacional, como autoridad encargada de ejecutar tal disposición, de manera arbitraria haya llenado los inmensos vacíos dejados por la norma demandada, y por ello expidió el Decreto 1887 de 1994, mediante el cual se reglamentan los títulos pensionales, el cual sí contiene todos los elementos del tributo.

Así las cosas, es evidente que la norma demandada viola claramente los artículos 150-2 y 338 de la Constitución y 29 del Decreto 111 de 1996, por no cumplir los principios de legalidad y certeza del tributo, según se ha explicado y por ello esta demanda está llamada a prosperar.

6.1.2. CARGO DOS-INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA-

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el aparte demandado, omite regular una serie de aspectos que es necesario regularlos directamente por el Legislador, lo que hace que la norma demandada sea inconstitucional por omisión legislativa.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa es un concepto desarrollado jurisprudencialmente, el cual se presenta cuando el Legislador no regula totalmente

una materia que tuvo que haber regulado integralmente por mandato constitucional. La Corte Constitucional la ha explicado así³¹:

1. Las omisiones legislativas

En la doctrina contemporánea, dentro de la concepción democrática de que ningún acto de las autoridades puede estar desprovisto de control, se ha entrado a plantear la posibilidad de ejercer éste no sólo sobre las acciones del legislador, sino también sobre sus omisiones.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente.

Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar.

En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente. (subrayas propias).

2. Clases de omisión legislativa

El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras:

- *Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;*
- *Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;*
- *Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.*

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cundo el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa. (subrayas propias).

(...)

a. Competencia

Cuando el Constituyente decidió asignar a esta Corporación la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, lo hizo en los siguientes términos: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo", indicando a continuación y en forma taxativa cada una de las funciones que debía desarrollar (241 C.N.). Quiere ello significar, como tantas veces lo ha

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

reiterado esta misma Corte, que su labor se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente

Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte.

Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso. (Negritas y subrayas propias).

El Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, en razón a que la Seguridad Social como servicio público de carácter prestacional debió ser regulado por la ley en forma completa e integral, y en la disposición demandada se incluyeron conceptos en forma abstracta, vaga e indeterminada que nos lleva a concluir que se hizo una regulación incompleta.

Ahora bien, el artículo 1° de la Constitución Política consagra que Colombia es un Estado social de derecho. Como es bien sabido, el Estado Social es una evolución del Estado Liberal, en el entendido que el Estado no sólo debe respetar las libertades individuales, sino que también debe garantizar la igualdad material.

El *Estado Social* previsto en el artículo 1° de la Constitución es un principio rector que vincula los poderes públicos, donde le corresponde al Legislador, como poder representativo, dictar las normas para realizar el Estado Social de acuerdo con el momento y evaluando las condiciones sociales y económicas del conglomerado y según las capacidades del Estado.

En el Estado Social se garantizan derechos prestacionales, que son considerados históricamente como aquellos derechos de segunda generación. Ahora, para garantizar los derechos prestacionales se requiere el ejercicio positivo del poder del Estado, iniciando por el Legislador, quien debe determinar el presupuesto, la fuente y el monto de los recursos económicos que se van a destinar para garantizar el derecho y el alcance de este, dado que los derechos prestacionales no son absolutos ni ilimitados.

En ese sentido, los derechos prestacionales sólo pueden ser garantizados por el Estado dentro de un marco normativo delimitado por el Legislador, quien cuenta con una libertad de configuración amplia, pues este es quien representa a la sociedad y está en la obligación de plasmar en la ley todos aquellos elementos para precisar hasta dónde se garantizan derechos prestacionales y regula los esfuerzos económicos que debe de hacer el conglomerado para el financiamiento de esos derechos en normas que den certeza y claridad.

Por todos es conocido que la ley es la norma de superior jerarquía, exceptuada la Constitución. Por eso, el constituyente decidió que fuera el Legislador, como único representante de la sociedad, quien dictara las normas para regular derechos prestacionales, lo cual le da legitimidad a estas normas tan sensibles, pues demandan esfuerzos económicos para garantizar derechos que son básicos en nuestra sociedad. En ese sentido, solo el Legislador debe regular este tipo de derecho para así cumplir con la función de autorregulación de la colectividad.

Uno de los servicios de carácter prestacional más importantes es el de la seguridad social que incluye salud, pensiones y riesgos profesionales, los cuales, según la Constitución, deben ser regulados por el Congreso de la República como órgano de representación democrática.

Consecuente con lo dicho, el artículo 48 de la Constitución Política, que consagra la seguridad social como un servicio público, remite a que este se presente en los términos que establezca la ley, lo que impide que se regule por otro tipo de norma jurídica:

***ARTICULO 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*
(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido. (Subrayas y negrillas propias).

Como puede verse, la Seguridad Social está consagrada como un servicio público y todo lo relacionado con su desarrollo normativo está reservado al Congreso de la República, como órgano elegido democráticamente para regularlo por medio de leyes en sentido formal y material ya que se trata de un derecho de carácter prestacional.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos, como lo es la seguridad social, según lo denomina y establece el artículo 48 de la Carta, estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, esto es, por las normas que dicte el Congreso de la República. Textualmente señala la norma:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

***Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley,** podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”* (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Todos los fallos de la Corte Constitucional que se ocupan de explicar la seguridad social y su regulación normativa han sido uniformes al indicar que al tratarse de un derecho de carácter prestacional es el Legislador quien lo debe regular. En efecto, la sentencia C-791 de 2002³² explica esta afirmación en los siguientes términos:

La seguridad social, que incluye entre otras las actividades de promoción, protección y recuperación de la salud, constituye no sólo un servicio público obligatorio sino un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere. (Negrillas y subrayas propias).

Más adelante la sentencia resalta que el servicio de seguridad social se prestará en los términos que la ley establezca como lo manda el artículo 48 de la Carta. Dice la Corte:

Ya fue explicado que en materia de seguridad social y de derechos prestacionales como la salud, el Congreso es el primer llamado a delimitar el contenido, alcance y procedimientos para su exigibilidad. El artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social se prestará “en los términos que establezca la ley”; que los particulares podrán participar en la prestación de servicios de seguridad social, “en la forma que determine la ley”, y que “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo”. Igualmente, el artículo 49 dispone que la atención en salud y el saneamiento ambiental, las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, así como el monto de los aportes, serán regulados por la ley, quien también “señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. Por su

³² Corte Constitucional. Sentencia C-791 del 24 de septiembre de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

parte, el artículo 365 de la Carta prevé que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”.

Todo lo anterior demuestra que la delimitación de los elementos estructurales del Sistema de Seguridad Social en Salud es una atribución del Legislador, sin perjuicio de que el desarrollo concreto de los mismos, así como los aspectos complementarios, sea realizado por el reglamento. Y para tal efecto, la Corte entiende que son elementos básicos aquellos que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, es decir, que guardan estrecha relación con la configuración y delimitación del derecho prestacional. (Negrillas y subrayas propias).

Posteriormente, en la sentencia C-623 de 2004³³, la Corte señala que al ser la seguridad social un derecho económico y social es considerado un derecho de carácter prestacional y programático y que es el legislador quien cuenta con un amplio margen de configuración para regularlo. Dice la Corte:

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

Esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta. **De suerte que, el legislador en virtud de la libertad de configuración puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar en una reforma legal por un modelo distinto, no implica per se la existencia de una disposición inconstitucional.** En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces. (Negrillas y subrayas propias).

En la sentencia C-375 de 2004³⁴ la Corte sostuvo que los derechos económicos, sociales y culturales se logran progresivamente, entre los cuales está la seguridad social, según la disponibilidad de los recursos, entonces este derecho está supeditado a lo que se determine en la ley. Dice la Corte:

Si la obligación del Estado es “lograr progresivamente” la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y “en la medida de los recursos disponibles”, ello necesariamente indica que la posibilidad de reclamación de ellos se supedita al

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-623 del 29 de junio de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2004. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

desarrollo legislativo que, para estos propósitos, adelante el Estado respectivo, lo cual, obviamente, dependerá del desarrollo económico alcanzado por la comunidad política. Por ello el constituyente colombiano indicó reiterativamente, en el artículo 48 de la Carta Política, que la Seguridad Social era un servicio público que se prestaría en los términos que estableciera la ley; que el Estado, con la participación de los particulares, ampliaría progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprendería la prestación de los servicios en la forma que determinara la ley; y que la seguridad social podría ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.” (Nigerillas y subrayado propios)

Por su parte, en la sentencia C-368 de 2012³⁵ la Corte insiste que según el artículo 48 de la Constitución es el Legislador quien debe regular la forma en que este servicio se presta. Dice el fallo:

La Constitución confiere a la ley la competencia de configuración normativa de la seguridad social y, en particular, de las diversas instituciones que la integran. En efecto, conforme lo regula el artículo 48 C.P. (i) la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley; y (ii) la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Específicamente partir de este segundo mandato constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha fijado una regla definida en relación con el grado de escrutinio del control en sede judicial de las normas legales que determinan la arquitectura institucional de la seguridad social: corresponde al Congreso determinar el modo en que el Estado y los particulares concurren en la prestación del servicio público de seguridad social, por lo que esas medidas legislativas solo resultarán inexecutable cuando desconozcan los derechos y principios constitucionales, en especial los previstos en el artículo 48 C.P., o cuando se muestren desproporcionadas o irrazonables. Quiere esto decir que el grado de escrutinio de estas normas de índole débil. (Subrayas y negrillas propias).

Como se puede observar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es constante y sólida al señalar que al ser la seguridad social un servicio de carácter prestacional corresponde al Legislador su regulación, donde está incluida necesariamente la fuente de recursos para su financiamiento y de no hacerlo en forma total se estaría incurriendo en omisión legislativa.

Ahora bien, en desarrollo de lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, se expidió la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que como su propio nombre lo indica tiene como propósito regular integralmente todo lo relacionado con el derecho a la seguridad social, clasificándolo en tres subsistemas: salud, pensiones y riesgos laborales, desarrollando normativamente cada uno de ellos y la forma de hacerlos efectivos.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-368 del 16 de mayo de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Pero, adicionalmente el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100, que fue subrogado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, señaló que los tiempos servidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley también se tendrían en cuenta para el reconocimiento de la pensión, previo traslado de un cálculo actuarial representado en un bono o título pensional. Dice la norma:

(...)

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (Negrillas y subrayas propias).

Pues bien, en esta demanda no se discute que los tiempos de servicio anterior a la Ley 100 de 1993 sean tenidos en cuenta para el cómputo de la pensión del trabajador. Lo que sí es objeto de objeción constitucional es que en la norma transcrita el Legislador hizo referencia a la forma en que el empleador debía trasladar los recursos correspondientes a los trabajadores que se afiliaran al sistema de pensiones, previo “cálculo actuarial”, pero sin determinar la forma en que esos recursos mantendrían su poder adquisitivo constante en el tiempo, tal como se lo ordena el inciso quinto del artículo 48 de la Constitución Política³⁶. Es decir, el Legislador debió incluir en esta disposición que los recursos que el empleador debía trasladar mantendrían su poder adquisitivo constante a través de la actualización de dicho valor con base en el IPC. Tampoco determinó la ley quién hace el cálculo actuarial y mediante cuál procedimiento, para garantizar objetividad, imparcialidad y debido proceso. No se dijo la manera cómo se tendría en cuenta la normatividad aplicable según los distintos regímenes, tampoco los tiempos de servicio a tener en cuenta según los cambios

³⁶La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

normativos, no se señaló si era o no relevante si el empleador estaba o no en mora con el sistema, si existía o no cobertura del ISS. La norma demandada omitió regular cada uno de los supuestos previstos en los literales *b)*, *c)*, *d)* y *e)* del artículo 9 de la Ley 797 de 2004 los cuales consagran situaciones muy diferentes, pues en ellos se hace referencia a que se tendrá en cuenta para otorgar la pensión el tiempo en la variadísima gama de regímenes del públicos incluyendo los exceptuados, el tiempo servido a empleadores que tenían a cargo las pensiones de sus trabajadores, el tiempo a cargo de empleadores que no hubiesen afiliado a sus trabajadores a pensiones y el tiempo cotizado en cajas que tenían a cargo las pensiones, variedad de situaciones que no se pueden estandarizar en el concepto de cálculo actuarial sin contenido.

Por otro lado, la norma demandada se refiere al “título pensional” de manera genérica, vaga e imprecisa, omitiendo definirlo, sin determinar en qué consiste este concepto, plazos para calcularlos y pagarlos, etc.

Las omisiones legislativas son tan evidentes que estos vacíos hacen de estas disposiciones textos que por sí mismos no tengan manera alguna de ser interpretados, que puedan ser leídos con un sentido lógico para así poder ser considerados como norma en sentido estricto.

Prueba de que las disposiciones del inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100, como fue subrogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2004, son incompletas, es que el Gobierno Nacional se vio en la obligación de dictar el Decreto 1887 de 1994 para poder completar la Ley 100 en este punto. Es decir, invadió el ámbito de competencia del Congreso de la República en un asunto que debió regularse de manera íntegra desde la ley.

El Legislador estaba en la obligación de regular un asunto que implicaba tomar unas obligaciones legales previstas en una normatividad anterior, e incluso de carácter preconstitucional, y hacerla compatible con la normatividad actual. Dicho tránsito normativo sólo podía hacerlo el Legislador en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1°, 48 y 365 de la Constitución Política, pero no lo hizo.

Un elemento fundamental, estructural, determinante del servicio de seguridad social en pensiones es el referente a su financiamiento, pues si no hay recursos no hay correlativamente servicio a garantizar. Si la fuente de financiamiento del servicio no está regulada en la ley para el período anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, entonces este tiempo no puede ser tenido en cuenta para otorgar la pensión. Por eso, es un requisito *sine qua non* que la ley regule la fuente de recursos que se tendrá en cuenta para trasladar el pasivo o contingencia o expectativa pensional anterior a la Ley 100.

En conclusión, la regulación parcial que hace el Legislador en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, según fue subrogado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, configura una evidente omisión legislativa relativa,

violando los artículos 1º, 48 y 365 de la Constitución Política y por tanto debe ser declarado inconstitucional.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado los requisitos para que prospere una demanda por omisión legislativa, así³⁷:

La Corte ha sostenido que para que pueda prosperar un cargo por omisión legislativa relativa resulta necesario: “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

En el presente caso se cumplen todos estos requisitos. Veamos.

(i) La norma sobre la que se predica el cargo es el inciso segundo del párrafo primero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Es decir, es evidente que hay una norma con fuerza de ley que se demanda.

(ii) El texto demandado omitió incluir elementos muy relevantes para efectos constitucionales como lo son:

- Diferenciar entre empresas obligadas y no obligadas a reconocer pensiones anteriores a la Ley 100.
- Regular la situación de empleadores en mora y aquellos que no lo estaban.
- Debió establecer las consecuencias si el ISS o cajas tenían o no cobertura en la región y para la actividad económica.
- Regular cada uno de los supuestos a los cuales es aplicable el cálculo actuarial.

Estos elementos, entre otros, no se resuelven con decir que ese tiempo se representará en un simple “cálculo actuarial”, como si se estuviera hablando de situaciones homogéneas, estándar y universales.

Pero el texto demandado también señala que ese cálculo actuarial estará representado en un “título pensional”, concepto que además es general, vago e impreciso y que debió haber sido definido en sus contenidos, autoridades facultadas para emitirlo, plazo para el pago, procedimiento para su elaboración. Todas estas exigencias tienen relevancia constitucional, pues estamos hablando de elementos que tienen que ver con los principios de buena fe, igualdad, irretroactividad de la ley, confianza legítima, debido proceso, pago de obligaciones parafiscales, entre otros.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013. M.P. Dr. Jorge Pretelt Chaljub.

(iii) Por supuesto que estas exclusiones que encontramos en la norma, al no regularlas, no tienen fundamento alguno que las justifique, pues tratar igual al que está en mora y al que no lo está no tiene justificación. No regular de manera diferente al que tenía a cargo la pensión de sus trabajadores y al que no estaba obligado³⁸ e imponerle a esta obligación de manera retroactiva, tampoco tiene justificación constitucional. No señalar en la norma demandada un procedimiento y una autoridad imparcial para hacer los cálculos actuariales con objetividad, imparcialidad y siguiendo el debido proceso no tiene justificación alguna.

(iv) Al no hacer una reglamentación de las distintas situaciones en que se encontraban los empleadores anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 con respecto a eventual pasivo pensional u obligaciones pensionales de sus trabajadores, ni contemplar la situación de empleadores que no estaban obligados a reconocer pensiones a sus trabajadores por el capital de las empresas, genera una desigualdad absolutamente injustificada tratando de igual manera situaciones diferentes, lo cual es contrario a la Constitución por violar el artículo 13.

(v) Es evidente que el Legislador es quien debe reglamentar el servicio de la seguridad social, donde obviamente debe de incluir los recursos para garantizar ese derecho de carácter prestacional. Así las cosas, debió haber regulado lo referente al tiempo de servicio anterior a la vigencia de la Ley 100 para cumplir con lo ordenado en los artículos 1°, 48 y 356 de la Constitución.

Es por todo lo dicho que en el presente caso se dan todos los requisitos constitucionales para que prospere el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

7- PETICIÓN

Que se declare la inconstitucionalidad del inciso 2° del párrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Subsidiariamente que se declaren inexecutable las expresiones “cálculo actuarial” y “título pensional” contenidas en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Como segunda petición subsidiaria, que se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “cáculo actuarial” bajo el entendido que este cálculo debe hacerse teniendo como elemento de actualización la conservación del poder adquisitivo constante, según lo previsto en el inciso 4° del artículo 48 de la Constitución.

³⁸ Las empresas con capital inferior a \$800.000 no estaban obligados a afiliar a sus trabajadores a pensiones baja las normas anteriores a la Ley 100, como se especificó en los antecedentes normativos.

8- EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

8.1. Dado que se demanda es el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 -parcial-, el cual subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, donde el texto inicial tiene coincidencia con la norma que se demanda, entonces las razones de inexequibilidad le son aplicables y por ello no es viable revivir la norma subrogada.

8.2. Esta demanda no está dirigida contra las normas que consagran la acumulación de los tiempos de servicio anteriores a la Ley 100 de 1993, sino solo contra el inciso segundo del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como fue subrogado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Por tanto, este tiempo de servicio se podrá seguir se acumulando y los tiempos servidos se pagarán actualizados con el IPC según el artículo 48 de la Constitución y como lo ha dicho la Corte Constitucional en una jurisprudencia constante y sólida,³⁹ donde ha dejado de aplicar la figura del cálculo actuarial dada su connotación sancionatoria y su nocivas consecuencias patrimoniales. Efectivamente en la Sentencia T-281 de 2020 la Corte expresó:

Este Tribunal asume, entonces, que en razón a que la Cervecería Unión S.A. no omitió, por su propio capricho el pago de las cotizaciones correspondientes a periodos donde el Instituto no había logrado la cobertura necesaria, la habilitación de una parte de esos tiempos-debe hacerse a través de un mecanismo alterno, que responda a la realidad de este caso y que sea equitativo. Esto porque, así como se ha sostenido que no es procedente que el trabajador asuma en soledad las consecuencias de la no reglamentación de estos escenarios, tampoco puede cobrarse al empleador la totalidad de lo debido porque con eso se afirmaría que fue su responsabilidad la no entrega de tales dineros, lo que, como ha quedado demostrado a lo largo de la providencia, sería incorrecto.

Adicionalmente, esta connotación sancionatoria no es lo único que preocupa a la Sala, pues, también debe aceptarse que las empresas que asumían pensiones de jubilación, por su capacidad de producción y su capital, contaban, en muchos casos, con un gran número de trabajadores, razón por la cual, aplicar de manera retroactiva y después de muchos años una obligación que legalmente no debían asumir, podría tener una carga excesivamente onerosa sobre su estabilidad financiera si todos aquellos pidieran, en su favor, la realización del cálculo actuarial indicado para, por ejemplo, acceder a reliquidaciones de las pensiones que ya devenguen. Esto sería contrario al principio de la equidad del que trató el capítulo sexto de esta providencia, toda vez que se crearía un nuevo desequilibrio que, ciertamente, tendría consecuencias económicas más o menos graves, dependiendo del tamaño de la entidad.

Así las cosas, frente a la inexequibilidad declarada habrá de aplicarse el artículo 48 de la Constitución tal como lo ha entendido la Corte Constitucional.

³⁹ Sentencia T-784 de 2010, T-712 de 2011, T-719 de 2011, T-720 de 2012, T-492 de 2013, T-770 de 2013, T-937 de 2013, T-435 de 2014, T-760 de 2014, T-194 de 2017, T-281 de 2020 entre otras.

9 - ANEXOS

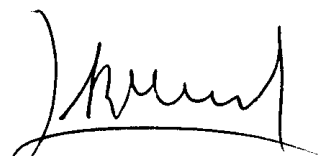
Duplicado de esta demanda.

10- DIRECCIONES PARA NOTIFICACIONES

Las recibiré en la calle 7 sur # 42-70, edificio Fórum, oficina 2405, barrio El Poblado, Medellín. Teléfono 313 37 15.

Correo electrónico: bravorestrepoabogados@gmail.com

Atentamente,



LUIS ALFONSO BRAVO RESTREPO
T. P. 79.079 del C. S. de la J.