

Concepto D-14982

Juan Sebastian Vega Rodriguez <jvega@procuraduria.gov.co>

Lun 27/02/2023 14:19

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

CC: Martha Ligia Castiblanco Prado <mcastiblanco@procuraduria.gov.co>

Bogotá, D.C., 27 de febrero de 2023

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

Respetados Señores Magistrados:

Por instrucción de la Señora Procuradora General de la Nación, de manera atenta, me permito remitir adjunto el concepto correspondiente al proceso D-14982, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política.

Cordialmente,



Juan Sebastián Vega Rodríguez

Procurador Auxiliar

Procuraduría Auxiliar Asuntos Constitucionales

jvega@procuraduria.gov.co

PBX: +57 601-587-8750

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Carrera 5 # 15 - 80, Bogotá D.C.

Código Postal 11032



Bogotá, D.C., 27 de febrero de 2023

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

Expediente: D-14982

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Juan Fernando Granados Toro contra el artículo 117 (parcial) de la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*.

Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Concepto No.: 7174

De conformidad con el artículo 278.5 de la Constitución Política¹, rindo concepto en el asunto de la referencia.

I. Antecedentes

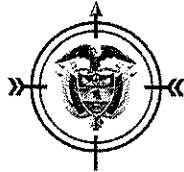
El ciudadano Juan Fernando Granados interpone demanda de inconstitucionalidad contra la expresión que se subraya enseguida del literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 117. Valor de los bonos pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes: 45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema (...).

¹ “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad”.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia (...).

El actor solicita que se declare la inconstitucionalidad de la expresión acusada por desconocer el principio de igualdad², pues sin una razón suficiente establece un trato diferencial en la fórmula de determinación del valor del bono pensional, el cual puede tener efectos negativos para las personas a quienes se les expide dicho título para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debido a que la base de cotización, en un número significativo de casos, es menor al salario devengado.

II. Consideraciones del Ministerio Público

En el artículo 13 de la Constitución Política se contempla el principio de igualdad como un mandato de optimización, que debe ser materializado en la mayor medida de lo posible por las autoridades y, en especial, por el Congreso de la República al expedir las leyes, asegurando igual trato a situaciones idénticas y diferenciado ante circunstancias no asimilables³.

Sobre el particular, se destaca que la base del modelo acogido por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se fundamenta en la fórmula clásica: *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”*⁴, la cual, según la doctrina especializada, deriva en dos normas⁵:

(i) *“Si no hay una razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”*; y

(ii) *“Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”*⁶.

Pues bien, en esta ocasión, la Procuraduría General de la Nación considera que la demanda de la referencia no está llamada a prosperar, en tanto las diferencias en la lógica del funcionamiento y en el esquema de financiación de los modelos de jubilación existentes antes de la creación del Sistema General de Seguridad Social

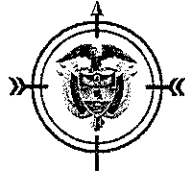
² Cfr. Artículo 13 de la Constitución Política.

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-015 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-586 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y C-084 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴ Cfr. Aristóteles. *La Política*. Editorial Panamericana: Bogotá, 2000, págs. 134 a 135.

⁵ En la Sentencia C-084 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte Constitucional resaltó que la igualdad *“contiene dos mandatos específicos: de una parte, el deber de tratamiento igual a supuestos de hecho equivalentes; y de otra, la obligación de consideración desigual ante situaciones diferentes que ameriten una regulación diversa”*.

⁶ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Centro de Estudios y Políticos de Madrid: España, 2016, página 372. Igualmente, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

en Pensiones (SGSSP) constituyen una razón suficiente para justificar el trato desigual contenido en la norma acusada, conforme pasa a explicarse.

Antes de la creación del SGSSP en la Ley 100 de 1993⁷, el aseguramiento de la contingencia de vejez se realizaba bajo *“dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban en aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias”*⁸. En concreto:

(a) Por una parte, la contingencia de vejez era asegurada directamente por los empleadores privados o públicos, que en sus finanzas debían aprovisionar los recursos para garantizar el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores una vez cumplieran los requisitos establecidos en la ley, referentes a tiempos de servicios y, en algunos casos, exigencias etarias. En relación con el monto de las prestaciones reconocidas a los beneficiarios, por regla general, se calculaban en función del salario devengado por el empleado; y

(b) De otra parte, la contingencia de vejez era asegurada por cajas de previsión social públicas o privadas que asumían el riesgo en reemplazo de los empleadores con ocasión de la afiliación de los trabajadores a sus estructuras y el pago sucesivo de aportes, los cuales alimentaban una cuenta común que servía para garantizar el pago de las mesadas de jubilación cuando los afiliados cumplieran los requisitos de edad y densidad de tiempos cotizados determinados en la ley. En torno al monto de las prestaciones reconocidas a los beneficiados, en principio, se calculaban en función del salario base de cotización⁹.

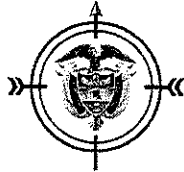
En la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República adoptó un nuevo sistema pensional de tendencia universal en cumplimiento del artículo 48 Constitucional, el cual se compone de dos grandes modelos que se interrelacionan entre sí¹⁰. Uno de ellos fue denominado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en el que la contingencia de vejez es asegurada por administradoras de pensiones privadas que asumen el riesgo en reemplazo de los empleadores con ocasión de la afiliación de los trabajadores a sus estructuras y el pago sucesivo de aportes, los cuales alimentan una cuenta individual que sirve para garantizar las mesadas de

⁷ *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-427 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁹ *“Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a Cajanal y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas. A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946 y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial únicamente para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía. Por otra parte, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como Caxdac. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946”*. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-427 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), reiterando el fallo C-177 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁰ En concreto, se estableció: (i) el Régimen de Pirma Media con Prestación Definida, que continúa la lógica de funcionamiento de las cajas de previsión social y, en especial, del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones; y (ii) el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

jubilación de su titular cuando los depósitos alcancen determinados valores o se cumplan unos requisitos de edad y cotizaciones mínimos establecidos en la ley. En cuanto al monto de las prestaciones reconocidas a los beneficiados, por regla general, se calculaban en función de las sumas consignadas en el fondo de cada individuo¹¹.

A efectos de permitir que las personas que eran parte de los modelos existentes antes de la Ley 100 de 1993 pudieran afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin poner en riesgo sus expectativas pensionales, el legislador estableció que los dineros aprovisionados por los empleadores o los montos correspondientes a las cotizaciones realizadas a las cajas de previsión social sean trasladados a las cuentas individuales a fin de incrementar los depósitos que subsidian las mesadas de jubilación¹².

Con tal propósito, el Congreso de la República estableció la figura de “*bonos pensionales*”, los cuales son una especie de títulos de deuda que expide el sujeto que tiene a cargo el aseguramiento de la contingencia de vejez de un trabajador que decide afiliarse al RAIS para que los recursos correspondientes sean trasladados a su cuenta de ahorro, constituyendo una clase de “*aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones*”¹³.

En este sentido, con el fin de determinar el valor de los bonos pensionales que deben expedir quienes eran responsables del aseguramiento ante la afiliación de una persona al RAIS, en la norma demandada (artículo 117 de la Ley 100 de 1993), el legislador dispuso una fórmula que sigue la lógica del funcionamiento y el esquema de financiación de los modelos previamente existentes. Ciertamente:

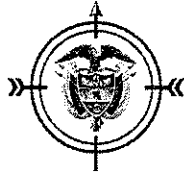
- (a) En el caso de personas que estaban afiliadas a cajas de previsión, se tiene en cuenta para la determinación del valor del bono la base salarial sobre la que se realizaban las cotizaciones, pues con fundamento en ese monto es que se financiaba y se determinaba la mesada pensional; y
- (b) En tratándose de prestaciones de jubilación a cargo de empleadores, se toma para la determinación del valor del bono el salario que devengaba el trabajador, ya que el mismo determinaba el aprovisionamiento que los empresarios o las entidades debían realizar, así como el valor de las mesadas que debían garantizar a sus empleados.

Así pues, se evidencia que la norma demandada establece un trato desigual en la determinación del monto de los bonos pensionales. Empero, igualmente, se advierte que dicha diferenciación se encuentra justificada en la imposibilidad de adoptar un mismo mecanismo de articulación: (i) entre el RAIS y el modelo de pasional a cargo

¹¹ Cfr. Artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

¹² Cfr. Artículo 113 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

¹³ Cfr. Artículo 115 de la Ley 100 de 1993. En la Sentencia T-056 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte Constitucional definió los bonos pensionales como “*un valor a favor de un afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación*”.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

de las cajas de previsión, y (ii) entre aquel y el sistema de jubilación de responsabilidad patronal. Ello, puesto que, como lo resaltan algunos de los intervinientes, es claro que dichos regímenes pensionales tenían *“una fuente y un pagador distinto, sin contar con el hecho de que, dependiendo el régimen, financian prestaciones disímiles”*¹⁴.

Al respecto, reiterando la jurisprudencia constitucional, *“es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones, sino que ha pretendido la universalización (...). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición”,* y estos *“pueden implicar diferencias de trato”,* las cuales *“encuentran justificación en los procesos de cambio”* que necesariamente deben introducir instrumentos de articulación específicos dirigidos a conciliar, en la medida de lo posible, modelos pensionales que tenían lógicas de funcionamiento y métodos de financiación distintos al sistema pensional actual¹⁵.

Así las cosas, para el Ministerio Público las referidas circunstancias fácticas y jurídicas justifican la diferenciación cuestionada en la determinación del valor de los bonos pensionales, por lo que se le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la expresión acusada del literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 debido a que no desconoce el principio de igualdad (artículo 13 Superior).

III. Solicitud

Por las razones expuestas, la Procuraduría General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión acusada del literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*.

Atentamente,

MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Tania Milena Daza Márquez – Asesora Grado 21.

Revisó y aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSVR

¹⁴ Cfr. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En una línea argumentativa similar, ver los conceptos del Ministerio del Trabajo, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, el Departamento de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia, así como el Centro Regional Andino de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), reiterando el fallo C-177 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).