

**H.S. MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (parcial) de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ, ciudadano en ejercicio, identificado con C.C. 12.967.238, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, presento demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (parcial) de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por vulnerar los artículos 1º (dignidad humana), 13 (igualdad), 48 (seguridad social), 53 (derechos de los trabajadores) y 58 (propiedad privada) de la Constitución Política.

Tabla de contenido

I.	Disposición acusada	3
II.	Normas constitucionales violadas	4
III.	Análisis de cosa juzgada constitucional	7
3.1.	Presupuestos de configuración de la cosa juzgada constitucional	9
3.2.	Existencia de cosa juzgada relativa	10
3.3.	Cosa juzgada aparente respecto de la violación del artículo 53 de la Constitución	15
3.4.	Enervamiento de la cosa juzgada constitucional respecto de los artículos 13 y 48 superior	17

IV.	Concepto de la violación	30
4.1.	Descripción transversal de los supuestos que subyacen a los problemas constitucionales en debate	30
4.1.1.	Decisiones judiciales sobre el periodo de carencia	30
4.1.2.	Desproporción en las prestaciones resultantes de los dos sistemas	33
4.1.3.	El sistema dio lugar a una elección que no puede calificarse de libre	38
4.2.	Violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Aplicación del juicio de igualdad	41
4.3.	La disposición acusada también comporta un desconocimiento de los artículos 1º, 48 y 53 sobre dignidad humana y derechos pensionales de los trabajadores	49
4.4.	La disposición acusada, con el alcance que tiene hoy, resulta contraria al mandato de sostenibilidad financiera del sistema pensional derivado del artículo 48 de la Constitución.	50
4.5.	Cargo por violación de los artículos 48, inciso 7º y 58 de la Constitución	52
V.	Conclusiones y pretensiones	55
5.1.	Conclusiones	55
5.2.	Pretensiones	58
5.2.1.	Pretensiones principales	59
5.2.2.	Pretensión subsidiaria	59
VI.	Competencia de la Corte	59

I. Disposición acusada

Se transcribe el texto de la disposición acusada, tal como aparece en el Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003, subrayando el aparte que se demanda, relativo al establecimiento de un periodo de carencia para el traslado entre regímenes pensionales, y con la advertencia de que mediante sentencia C-1024 de 2004 la H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de ese contenido normativo, razón por la cual en esta demanda se presenta un acápite que pone de presente las razones por las cuales estimo que no cabe aplicar en esta oportunidad la cosa juzgada constitucional. En relación con ese mismo contenido, la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-625 de 2007 resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-081 de 2018, se declaró inhibida de fallar sobre este literal e), tras establecer que había “... *operado el fenómeno de sustracción de materia*”, por cuanto a partir de la vigencia del Decreto 387 de 2018, la medida que en el caso concreto, en criterio de los accionantes¹, daba lugar a un trato inequitativo, había sido desmontada.

Ley 797 de 2003

ARTÍCULO 2º Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(...)

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. **Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;**

(...)

¹ Para los accionantes la prohibición de traslado de régimen a los afiliados al sistema general de pensiones que les falten diez años o menos para cumplir la edad requerida para obtener la pensión de vejez, implicaba una restricción para aquellos que se encontraban en el régimen de ahorro individual que cumplían con estas características y no tenían trabajo ni recursos para continuar con las cotizaciones, pues no podían acceder a los beneficios del programa “*Colombia Mayor*”. En ese sentido, consideraban que la norma incurría en una violación del derecho a la igualdad porque “*presenta una extralimitación desproporcionada e irracional*” que afecta a personas en situación de debilidad manifiesta – adultos mayores de 50 años que no tienen empleo ni ingresos suficientes- puesto que a pesar de ser un grupo especialmente protegido, no podían acceder al programa estatal que subsidia los aportes a pensión en casos en los que sus titulares no pueden continuar con las cotizaciones, debido a la prohibición de cambio de régimen.

II. Normas constitucionales violadas

A continuación, se transcriben las normas constitucionales vulneradas:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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.

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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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 párrafos del presente artículo.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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 parágrafos 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y

discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

ARTICULO 58. <Artículo modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

III. Análisis de cosa juzgada constitucional

En este acápite se intenta mostrar que a pesar de que se demanda un texto normativo que ya fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1024 de 2004, no opera en este caso la cosa juzgada constitucional, si se tienen en cuenta las razones que se enuncian a continuación y que luego se explican en detalle:

- i) La sentencia C-1024 de 2004, por decisión expresa de la H. Corte Constitucional, tiene alcance de cosa juzgada relativa², por cuanto en ella el análisis de constitucionalidad se restringió al estudio de la violación del principio de igualdad por discriminación entre los afiliados a la seguridad social en pensiones en atención al tiempo que les restaba para cumplir los requisitos para obtener el derecho pensional. En la demanda que se presenta en esta oportunidad, no solo se acusa la expresión impugnada por violación de otras disposiciones constitucionales en adición al artículo 13 (artículos 1º, 48, 53 y 58), sino que, además, también se plantea la transgresión del derecho a la igualdad con base en un criterio de comparación distinto de aquel que dio lugar al pronunciamiento de la H. Corte en el año 2004.
- ii) En relación con el cargo por violación del artículo 53 superior, la sentencia C-1024 de 2004 dio lugar a una cosa juzgada aparente, por cuanto no existe en esa providencia análisis particular que explique las razones por las que la referida disposición no se consideró infringida. De este modo se tiene que en relación con una pretendida oposición entre lo dispuesto en el artículo 2º (parcial) de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 53 de la Constitución no existe pronunciamiento previo de la H. Corte Constitucional y, por lo tanto, procede que, en esta oportunidad, frente a un nuevo cargo, la H. Corte adelante el análisis de constitucionalidad correspondiente.
- iii) En la sentencia C-1024 de 2004 se estudió la expresión acusada con fundamento en las circunstancias imperantes y con el entendimiento de la significación que ella podría tener sobre la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones. Veinte años después de adoptarse el fallo se advierte una clara variación, tanto en aspectos contextuales, como en el alcance de la disposición demandada, con incidencia determinante sobre la manera como cabe hacer efectivo dicho principio constitucional y, por consiguiente, procede un nuevo pronunciamiento que confronte la norma acusada con el artículo 48 constitucional.

² En la parte resolutoria de la sentencia se dispuso “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)”, **exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad ...**”. (Resaltado añadido).

3.1. Presupuestos de configuración de la cosa juzgada constitucional

De conformidad con la reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional al interpretar los artículos 243 de la Constitución y 46 y 48 de la Ley 270 de 1996, la cosa juzgada constitucional constituye una importantísima garantía de seguridad jurídica; estabilidad y certidumbre en el derecho; de fuerza normativa y exigibilidad directa de la Carta; de autonomía judicial y de consistencia en las decisiones de la Corte Constitucional. Para que opere la cosa juzgada constitucional se impone, en la valoración comparada entre la decisión anterior y la nueva propuesta de control constitucional, la configuración de tres supuestos: i) identidad de objeto, esto es, que en las dos ocasiones se esté ante enunciados normativos idénticos, ii) identidad de *causa petendi* o correspondencia material, en ambas ocasiones, entre los cargos de inconstitucionalidad y los problemas jurídicos resueltos y, iii) identidad del parámetro de validez empleado en la decisión precedente con el propuesto en una nueva demanda³.

En este escenario se impone, en cada caso, hacer una valoración de esos supuestos y del tipo de decisión adoptada por la H. Corte, con el propósito de establecer las consecuencias respecto de la cosa juzgada constitucional, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, no opera igual en todos los casos. Así, puede haber diferencias sobre el alcance de la cosa juzgada que surjan de la propia parte resolutive de la sentencia, otras que se deriven de la parte motiva, o del contenido normativo analizado o de la interpretación del referente constitucional utilizado. Así, la jurisprudencia constitucional ha elaborado las categorías de cosa juzgada formal o material; absoluta o relativa, y aparente. Incluso, se habla del debilitamiento de la cosa juzgada constitucional, hipótesis que también autoriza un nuevo pronunciamiento de la Corte respecto del mismo texto normativo amparado por decisión previa de control abstracto de constitucionalidad.

Como quiera que en esta demanda se plantean diversas razones para establecer la inexistencia de cosa juzgada constitucional frente a los cargos ahora presentados contra la disposición acusada, y dado que la H. Corte ha establecido que le corresponde al demandante una especial y cualificada carga argumentativa para cuestionar la existencia de la cosa juzgada constitucional que autorice un nuevo pronunciamiento de fondo, en especial, si se trata de una norma declarada exequible en forma condicionada⁴, se hace a renglón seguido una exposición más detenida de los argumentos en el orden en el que fueron enunciados.

³ Sobre los elementos de configuración de la cosa juzgada constitucional, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-331 de 2023, C-055 de 2022, C-223 de 2021, C-200 de 2019 y C-001 de 2018 de la Corte Constitucional.

⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-200 de 2019, C-519 de 2019, C-088 de 2020 y C-380 de 2023, entre otras.

3.2. Existencia de cosa juzgada relativa

La presente demanda cuestiona la constitucionalidad, formalmente hablando, de la misma expresión normativa que fue declarada exequible con un condicionamiento en sentencia que se encuentra ejecutoriada. En efecto, en la sentencia C-1024 de 2004, se resolvió:

*“Primero. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)”, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.*

Pese a la identidad formal entre el objeto de esa decisión y el de la presente demanda⁵, es posible afirmar que no se presenta identidad de causa ni de parámetro de control. En primer lugar, es claro que en la propia parte resolutive de la sentencia C-1024 de 2004 se limitó el alcance de la cosa juzgada en relación con la disposición declarada condicionalmente exequible, al señalar que ello ocurría “exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad”. La jurisprudencia constitucional ha indicado que en las decisiones de exequibilidad con cosa juzgada relativa explícita⁶, se deja “abierta la posibilidad de que en el futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra una norma que ha sido

⁵ Se hace la precisión porque se entiende ahora que ese texto normativo no produce los mismos efectos que aquellos que se le atribuyeron y en los que se fundó la sentencia C-1024 de 2004, como se explicará posteriormente.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2017. Es providencia explica con claridad el concepto de cosa juzgada relativa y sus categorías, así: “existe cosa juzgada relativa ‘cuando el juez constitucional limita de forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en el futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado’. En relación con esta última categoría, también se ha dicho que ésta puede presentarse de manera explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive con expresiones como, por ejemplo, declarar exequible ‘por los cargos analizados’; e implícita, cuando tal hecho ocurre en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se haga mención alguna en la parte resolutive. De allí que, en este último caso la cosa juzgada relativa implícita se pueda deducir del análisis integral del fallo, para concluir que el control no fue integral, sino que se contrajo a ciertos vicios de constitucionalidad”. En el mismo sentido, puede verse la sentencia C-394 de 2017.

objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”⁷ y, por consiguiente, procede un nuevo pronunciamiento de fondo.

Cabe recordar que, mediante sentencia C-625 de 2007, la H. Corte Constitucional se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-1024 de 2004, pues a pesar de reconocer que “se está ante una cosa juzgada constitucional relativa” concluyó que se trataba de una coincidencia entre los cargos planteados en las dos demandas, consistente en el análisis material del “artículo 13 superior, en concordancia con otras disposiciones constitucionales tales como el artículo 53 de la Carta”.

Ahora bien, de la lectura integral de la sentencia C-1024 de 2004, se infiere que el cargo analizado en dicha oportunidad estuvo referido a la violación del derecho a la igualdad. En efecto, aunque la sentencia analiza seis cargos, cada uno de ellos estudia la validez de disposiciones jurídicas distintas, con problemas jurídicos diferentes y conclusiones disímiles. Solo el denominado primer cargo es el relativo a la expresión contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la forma en que fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. El resumen de los fundamentos del primer cargo de la demanda muestra que se invocó la violación de los artículos 13 y 53 superiores, por cuanto:

“Frente a la presunta violación del derecho a la igualdad, el actor argumenta que la libertad de traslado de régimen debe operar por igual para todos los afiliados al sistema, sin que sea posible discriminarlos en razón del tiempo que les resta para cumplir con los requisitos de adquisición de su derecho pensional.

Advierte, además, que la circunstancia que sustenta esta diferencia de trato es ajena a la voluntad del afiliado y perjudica particularmente a quienes más han contribuido al sistema. Por lo que impedirles trasladarse al régimen que les garantice la obtención de un mejor derecho pensional, desconoce la facultad de transigir y conciliar derechos inciertos, los principios constitucionales de favorabilidad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral, así como la prohibición constitucional de “menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores” consagrada en el artículo 53 Superior”.

Para resolver los asuntos propuestos, la Corte recordó que dos sentencias precedentes declararon la exequibilidad de períodos de carencia o períodos mínimos de permanencia diseñados por el Legislador porque las cargas impuestas contribuyeron al logro de principios o fines constitucionalmente válidos y no se sacrificaron beneficios de quienes debían soportar la carga. En particular, respecto de la libre elección de regímenes pensionales dijo que no es un derecho absoluto, que es de origen legal y no constitucional y que no existe irrazonabilidad de trato diferente. Consideró válidos constitucionalmente los objetivos de

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-061 de 2010.

la norma consistentes en evitar la descapitalización o desfinanciación del sistema de seguridad social en pensiones y la defensa de la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RPM que impida que las personas próximas a pensionarse se beneficien con subsidios por cotizaciones de otros. Así, encontró que la expresión normativa acusada se adecuaba a los fines constitucionalmente expuestos, resultaba necesaria para concretarlos y no existía otro mecanismo menos oneroso para obtener los resultados propuestos.

Al analizar la proporcionalidad la H. Corte concluyó que la norma acusada protegía los principios de universalidad y eficiencia pensional mediante una medida “eminente temporal y permite que las personas se trasladen libremente entre los regímenes pensionales reconocidos por el legislador, previamente a la realización de los supuestos normativos advertidos en la disposición acusada”. Luego, advirtió que la permanencia obligatoria en un régimen de seguridad social “conduce a la obtención de un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas”.

Finalmente, la sentencia explica el condicionamiento que surge de la conclusión adoptada en sentencia C-789 de 2002, en relación con las personas que, al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, estuvieren cotizando en el Régimen de prima medida con prestación definida (en adelante, RPM) y hubieren decidido trasladarse al Régimen de Ahorro Individual (en adelante, RAIS), con lo que perderían los beneficios del régimen de transición.

El breve resumen de los considerandos de la sentencia C-1024 de 2004, muestra que: i) la H. Corte dirigió su análisis a resolver el cargo por violación del derecho a la igualdad, pero no efectuó una comparación entre los sujetos que a juicio de la demanda se encontraban discriminados, ii) la definición del cargo se adelantó mediante la utilización de lo que, en la época de la decisión, correspondía a los tests de razonabilidad y proporcionalidad, con la verificación de los objetivos propuestos con la norma, su adecuación, necesidad y su afectación menos gravosa, pero no se efectuó el test con la comparación de supuestos tratados en forma distinta y, iii) la sentencia no confrontó la norma con toda la Constitución, puesto que se limitó a rebatir la afectación del derecho a la igualdad expuesta en la demanda.

Como se explicará en detalle en el capítulo correspondiente a la exposición de las razones por las que se consideran infringidas las normas constitucionales invocadas, la presente demanda busca demostrar que la expresión acusada vulnera los artículos 1º, 13, 48, 53 y 58 constitucionales, en resumen, por lo siguiente:

- El Legislador no puede impedir que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones adopten la decisión que se adecúe de mejor manera a su plan de vida. Como la expresión normativa acusada impide que el afiliado próximo a pensionarse escoja el régimen que le permita proyectar su vida en condiciones dignas, vulnera el principio de dignidad humana (desconocimiento del artículo 1º superior).
- El impedimento temporal para trasladarse de régimen pensional discrimina a ciertos afiliados al RAIS que no pueden retornar al RPM, puesto que produce una carga desproporcionada y una diferencia de trato sin razón constitucionalmente admisible entre los aspirantes a pensión. Por virtud de la expresión normativa acusada, dos afiliados con las mismas semanas cotizadas, la misma historia laboral y la misma edad, acceden a montos de pensión sustancialmente distintos únicamente porque no pueden trasladarse al régimen pensional de su conveniencia, pues a la fecha en que debe adoptarse la decisión del traslado (faltando 10 años para obtener la edad de pensión) la situación prepensional es incierta y depende de factores externos al afiliado. De igual manera, existen afiliados del RPM que, por sus condiciones laborales en tiempos cercanos a la edad de pensión, no pueden acceder a la prestación y que, solo en ese momento, podrían verificar que el régimen de su conveniencia es el RAIS, pese a lo cual no pueden trasladarse por disposición de la norma que se demanda. Así, se considera que el período de carencia en la forma en que ahora produce sus efectos jurídicos discrimina a los iguales por razón de la afiliación al régimen pensional (violación del artículo 13 superior)
- La Ley no puede imponer al aspirante a pensionado con menos de 10 años para obtener el derecho que se pensione con el régimen que menos le favorece. De conformidad con el artículo 53 de la Carta, los trabajadores tienen derecho a gozar de la mejor opción pensional posible o a escoger el régimen pensional que le sea más favorable. Su disconformidad vulnera el artículo 53 superior.
- Las diferencias económicas sustantivas en las mesadas pensionales para algunos afiliados del RAIS respecto de cotizantes al RPM y las decisiones de los jueces laborales orientadas a corregirlas, han alterado la regla sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen dentro de los 10 años anteriores a obtener la edad de pensión, para sustituirla por otra conforme a la cual, mediante decisión judicial, es posible acceder al traslado del RAIS al RPM después de iniciado el periodo de carencia, con órdenes que disponen, además, la restitución de gastos de administración pagados, seguros previsionales ya devengados en la medida que el riesgo se ha asumido, mientras el afiliado estuvo en el RAIS y recientemente a raíz del cambio de posición de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-373 de

2021, la indemnización de perjuicios a favor de pensionados, con cargo al patrimonio de las sociedades administradoras de fondos de pensiones. Ese panorama erosiona gravemente la propiedad privada y los derechos adquiridos de los fondos de pensiones (violación de los artículos 48 y 58 de la Constitución).

Evalúo el alcance del fallo anterior y teniendo en cuenta que ahora se plantean asuntos no resueltos, se concluye que no hay identidad de causa *petendi* ni de parámetro de control en todos los cargos, de ahí que proceda un nuevo pronunciamiento de fondo.

Especialmente respecto del cargo por violación del artículo 13 superior, es posible invocar como referente interpretativo relevante lo que la H. Corte concluyó en las sentencias C-932 de 2007, C-071 de 2015 y C-200 de 2019, en el sentido de que, aunque se hubiere declarado la validez de la norma acusada con fundamento en el derecho a la igualdad, procede un nuevo estudio del mismo texto normativo y con base en el mismo artículo 13 constitucional, si se plantea un problema jurídico distinto. Entonces, no basta con establecer si existe identidad en la disposición constitucional que se estima infringida, en este caso el artículo 13 superior, sino que también es necesario determinar si el problema jurídico derivado de la confrontación con la norma superior que ahora se plantea es el mismo o resulta distinto al que se abordó en el debate constitucional ya resuelto⁸.

A pesar de que la sentencia C-1024 de 2004 no dejó expreso cuál sería el problema jurídico que debía resolver, de la comparación entre el fundamento de la demanda y lo estudiado por la Corte puede inferirse que consistió en averiguar si el período de carencia discriminaba a los afiliados que no podían trasladarse, por razón de la edad y la proximidad a obtener el derecho pensional, frente a aquellos que, por ser más jóvenes, conservaban esa posibilidad. En esta ocasión, se considera que la expresión acusada trata en forma desigual dos situaciones idénticas, sin justificación constitucional admisible, en la medida en que se trata de establecer si vulnera el principio de igualdad el hecho de que dos afiliados con idénticas condiciones fácticas para obtener el derecho pensional obtengan montos de pensión diametralmente distintos, solo por razón de la prohibición de traslado dentro de los 10 años

⁸ Sobre el análisis del parámetro de control para evaluar si ha operado la cosa juzgada constitucional, es clara la sentencia C-055 de 2022, al explicar en su fundamento jurídico 184: “Es indiciario de que se trata del mismo reproche constitucional cuando coinciden las normas constitucionales o del bloque de constitucionalidad[154] que se alegan como desconocidas y las razones que se aducen para demostrar la trasgresión. Esta constatación, sin embargo, no es suficiente. Además de ello, es necesario valorar el problema jurídico resuelto por la Corte en el pasado, pues es este el que delimita el debate constitucional a partir de la demanda propuesta; por tanto, aun cuando aparentemente en una demanda actual se formule el mismo debate que en una decisión anterior, le corresponde revisar a la Sala si existe identidad en la forma en que se abordó el estudio del caso y la solución adoptada”

anteriores a cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Se trata de cargos distintos a los analizados y resueltos por la Corte Constitucional en sentencia precedente, razón por la cual no se presenta identidad de causa *petendi* ni de parámetro de control que ampare la estabilidad jurídica de la decisión anterior. En tal virtud, es posible concluir que el carácter de cosa juzgada relativa en el que se enmarca la decisión adoptada en sentencia C-1024 de 2004, autoriza un nuevo pronunciamiento de fondo por parte de la H. Corte Constitucional.

3.3. Cosa juzgada aparente respecto de la violación del artículo 53 de la Constitución

Con fundamento en la sólida y reiterada jurisprudencia constitucional⁹, la motivación constituye un requisito *sine qua non* de validez de las decisiones judiciales, que se integra al debido proceso judicial y se impone en todas las sentencias de los jueces. Por ello, la Corte ha dicho que la decisión adoptada con ausencia de motivación no produce cosa juzgada ni estabilidad en el sistema jurídico, pues ese carácter es solo aparente, de ahí que “cuando se adopta una decisión sobre una norma, pero en la parte motiva se hace referencia a otra, o no se incorpora argumentación alguna, la cosa juzgada es apenas aparente”¹⁰ y, por esa razón, procede un pronunciamiento posterior de fondo que haga efectivo el control constitucional propuesto.

De igual manera, la Corte Constitucional ha explicado que la cosa juzgada aparente puede presentarse por alguna de dos hipótesis:

“La primera ocurre cuando la Corte resuelve declarar exequible una disposición, pero en la parte motiva de la sentencia omite totalmente el estudio de constitucionalidad de aquella. Lo anterior implica que la disposición no fue objeto de función jurisdiccional alguna, por lo cual es posible adelantar frente a ésta un estudio de constitucionalidad en una nueva ocasión.

La segunda hipótesis tiene lugar cuando la Corte resuelve declarar exequible una disposición, pero en la parte motiva del fallo aborda el estudio de solo una de las normas contenidas en aquella. En este caso, las normas que carecieron de pronunciamiento jurisdiccional pueden ser objeto de un estudio de constitucionalidad en una nueva ocasión. Para esta segunda hipótesis es útil la distinción

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-700 de 1999, C-252 de 2001, C-713 de 2008, C-870 de 2014 y C-567 de 2019, entre muchas otras.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-223 de 2021. Esa providencia explicó: “Una vez establecido el valor que tiene la motivación de las providencias judiciales en el Estado Constitucional de Derecho, es claro que las sentencias pretenden resolver un problema específico a partir de razones suficientes, expuestas de manera explícita por el juez competente, razón por la cual aquellas decisiones carentes de motivación, o con una motivación absolutamente inadecuada, no merecen ser amparadas por el principio de cosa juzgada constitucional. En otros términos, sin motivación no puede decirse que la cosa o el problema haya sido realmente juzgado” (fundamento jurídico 136).

*entre los conceptos de disposición y norma, reconocida reiteradamente por la jurisprudencia constitucional*¹¹.

Puede decirse que respecto del artículo 53 superior, en la sentencia C-1024 de 2004 operó la segunda hipótesis de cosa juzgada aparente, puesto que, como se mostró previamente, la demanda que dio origen a esa sentencia, alegó la violación del artículo 53 superior porque, en criterio del accionante, el impedimento de traslado de régimen impedía que se garantizara “la obtención de un mejor derecho pensional, desconoce la facultad de transigir y conciliar derechos inciertos, los principios constitucionales de favorabilidad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral...”. La sentencia adelantó el análisis de la norma con fundamento en los objetivos constitucionales que protege, su carácter relativo, su necesidad, adecuación y proporcionalidad respecto de los beneficios que obtiene el aspirante a pensionado de estabilidad económica del sistema y la intangibilidad y sostenibilidad que preserva los recursos económicos para garantizar los pagos futuros. De igual manera, dijo que el Legislador tiene amplia libertad de configuración del sistema de seguridad social en pensiones. Por esas razones, encontró que “*el período de carencia* previsto en la norma demandada no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo”.

Resulta evidente que la sentencia previa no adelantó ningún análisis respecto del derecho de los trabajadores a obtener la mejor pensión, ni tampoco evaluó si el período de carencia autoriza a conciliar derechos ciertos o impone una renuncia a los derechos mínimos de los empleados, o si se desconocía el principio de favorabilidad laboral. No hay una sola línea en la sentencia que responda los problemas jurídicos que se derivan de la confrontación de la ley parcialmente demandada con el artículo 53 superior ni tampoco existe motivación para justificar por qué la sostenibilidad financiera y la equidad del sistema de seguridad social se imponen frente a la aplicación de las garantías mínimas de los derechos de los trabajadores. En la sentencia, los derechos de los afiliados al sistema general de pensiones se analizaron únicamente desde la perspectiva que para ellos implica la garantía de la estabilidad del sistema pensional, su solvencia, su capitalización y la estabilidad de futuros pagos, pero no se estudió la situación del trabajador de cara a su expectativa de obtener una pensión acorde con su historia laboral, la densidad de sus aportes y la existencia de regímenes diferenciados que pueden conducir a resultados desproporcionados.

En suma, es posible afirmar que la ausencia de motivación de la sentencia C-1024 de 2004 para declarar la exequibilidad de la expresión ahora acusada por no infringir el artículo 53 superior, produce una cosa juzgada aparente que autoriza un nuevo pronunciamiento de fondo en esta oportunidad.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-049 de 2020.

3.4. Enervamiento de la cosa juzgada constitucional respecto de los artículos 13 y 48 superior

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional¹² es posible un nuevo pronunciamiento de fondo respecto de una disposición que ha sido objeto de sentencia en firme si se presenta alguna de estas tres circunstancias: i) modificación del parámetro de control, ii) cambio en el significado material de la Constitución o, iii) variación del contexto normativo objeto de control.

En esta es posible señalar que se presenta debilitamiento de la cosa juzgada contenida en la *ratio decidendi* de la sentencia C-1024 de 2004, relacionado con la variación del contexto normativo de la expresión “*Después de un (1) año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vez*”, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que se presenta una **variación del contexto normativo del objeto de control**, cuando el texto legal formal se mantiene, pero su interpretación se ha modificado de manera importante y eso impacta su validez constitucional¹³. Para demostrar esa hipótesis, ha dicho la H. Corte, el demandante tiene la carga de explicar el alcance de esa variación de contexto y “... de evidenciar la manera en que dicho cambio afecta, en un sentido constitucionalmente relevante, la comprensión del artículo nuevamente acusado”¹⁴.

Sin duda, el alcance de la norma que ahora se acusa¹⁵ es, en la actualidad, muy distinto al estudiado en sentencia C-1024 de 2004, pues en ese entonces no podían evaluarse muchos elementos de juicio y varias consideraciones fácticas que ahora se presentan, de ahí que se requiere una nueva valoración constitucional por parte de la Corte. El escenario normativo y fáctico que existe en la actualidad y que no pudo ser considerado por la Corte puede resumirse de esta forma:

¹² Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2009, C-220 de 2011, C-712 de 2012, C-090 de 2015, C-007 de 2016, C-200 de 2019, C-233 de 2021 y C-055 de 2022, entre muchas otras.

¹³ Corte Constitucional. Sentencias C-200 de 2019, C-223 de 2021

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2019.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-223 de 2021. En esa providencia la Corte indicó que “cuando la demanda se fundamente en el cambio del contexto normativo en el que se inscribe el texto examinado en la decisión anterior, el ciudadano tiene la obligación de explicar el alcance de tal variación y de evidenciar cómo afecta, en un sentido constitucionalmente relevante, la comprensión del artículo acusado”

- a. La interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia¹⁶ y, ahora, de manera consistente, consolidada y dominante por los jueces del país, de las normas que regulan el deber de información al momento de autorizar el traslado de regímenes pensionales, produjo como consecuencia la pérdida de fuerza vinculante de la expresión acusada para un número muy importante de afiliados. Así, con la postura jurisprudencial generalizada se permite que las personas a quienes no les resulta conveniente el RAIS y que acuden a procesos judiciales, puedan trasladarse a COLPENSIONES faltando menos de 10 años para obtener su pensión.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. La sentencia fundante de la tesis de la ineficacia de los traslados entre regímenes pensionales por falta e indebido cumplimiento del deber de información fue la SL-31989 de 2008. Sentencia de Casación del 9 de septiembre de 2008. M.P. Eduardo López Villegas. Partes: Juan Rafael Vargas Jaramillo vs PORVENIR. En desarrollo de esta línea se encuentran entre otras, la SL-31314 de 2008. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Partes: José Mardoqueo Jiménez vs PORVENIR Y CAJANAL; SL-33083 de 2011. Sentencia de casación del 22 de noviembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Partes: Eduardo Humberto Sanz Gutiérrez vs PROTECCIÓN e ISS; SL-31314 de 2011. Sentencia de instancia del 6 de diciembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Proceso ordinario de: José Mardoqueo Jiménez vs PORVENIR Y CAJANAL. Con las siguientes sentencias, la Corte Suprema de Justicia reafirma la ineficacia de los traslados y adiciona consecuencias jurídicas, tales como la obligación de los fondos de pensiones de reparar perjuicios causados. Dentro de esas sentencias encontramos: SL-12136 de 2014. Sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. Partes: Julio Cesar Chacón Montenegro vs ISS; SL-19447 de 2017. Sentencia de casación del 27 de septiembre de 2017. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Partes: Amparo de Jesús Arango de Solórzano vs ISS y PROTECCIÓN. Expediente 47125; SL-17595 de 2017. Sentencia de instancia del 18 de octubre de 2017. M.P. Fernando Castillo Cadena. Partes: Julio César Chacón Montenegro vs COLPENSIONES. Expediente 46292; SL-413 de 2018. Sentencia de casación del 21 de febrero de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: María Elsy del Socorro Úsuga de Grajales vs COLPENSIONES. Expediente 52704; SL-4989 de 2018. Sentencia de instancia del 14 de noviembre de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Partes: Amparo de Jesús Arango de Solórzano vs ISS y PROTECCIÓN. Expediente 47125; SL-4964 de 2018. Sentencia de casación e instancia del 14 de noviembre de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Partes: Gabriel Pinedo Vidal vs ISS, CAJANAL y BBVA HORIZONTE. Expediente 54814; SL-1452 de 2019. Sentencia de casación del 3 de abril de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: Gloria Inés Restrepo Pérez vs ISS y PORVENIR. Expediente 68852; SL-1688 de 2019. Sentencia de casación y de instancia del 8 de mayo de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: Miryam Arroyave Henao vs COLPENSIONES y PROTECCIÓN. Expediente 68.838; SL-1689 de 2019. Sentencia de casación y de instancia del 8 de mayo de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: José Benito Zuñiga Pino vs COLPENSIONES y PORVENIR. Expediente 65791; SL-3464 de 2019. Sentencia de casación del 14 de agosto de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: Juan David Córdoba vs COLPENSIONES y PORVENIR. Expediente 76284; SL-4360 de 2019. Sentencia de instancia del 9 de octubre de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: Gloria Inés Restrepo Pérez vs ISS y PORVENIR; SL-4426 de 2019. Sentencia de casación e instancia del 16 de octubre de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: María Adalgiza Jiménez vs COLPENSIONES y PORVENIR. Expediente 79167; SL-373 de 2021. Sentencia de casación del 10 de febrero de 2021. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Partes: Heraldo Cárdenas Gil vs COLPENSIONES y PROTECCIÓN. Expediente 84475.

- b. Al margen de si se comparte o no la tesis dominante en este asunto porque no es materia de este debate, lo cierto es que, en la actualidad, la expresión acusada dejó de tener fuerza normativa para un número importante de afiliados que acuden a los jueces para que se les declare la ineficacia del traslado. Según los datos aportados por Asofondos, a 31 de diciembre de 2023, se han dictado y cumplido 46.739 sentencias de nulidad o ineficacia del traslado, y actualmente se encuentran activos 48.316 procesos, que por número de afiliados serían equivalentes a 27.303, para total de 74.042 demandas de nulidad y/o ineficacia de los traslados (de hecho, si la demanda se presenta por nulidad, el juez de oficio la modifica para entender que se pretende la ineficacia del traslado). Es decir que, si hacemos un corte al año de 2023, y anticipando que se mantengan la misma tendencia de las demandas que se encuentran culminadas a la fecha, por lo menos 72.677 mil personas lograrán trasladarse del RAIS al RPM sin cumplir la condición de límite de edad.

Los estudios estiman que el 96.3% de los procesos fallados y los que se adoptarán, resuelven declarar la nulidad o ineficacia del traslado, con lo cual personas próximas a pensionarse, o incluso pensionadas, pueden cambiar de régimen pensional sin considerar el período de carencia que aquí se demanda. Cabe precisar que el porcentaje tan alto de procesos judiciales que ordenan el traslado sin considerar los 10 años previos a la edad de pensión surge del hecho de que los traslados realizados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003 se efectuaron conforme a formatos y exigencias impuestas por el Gobierno Nacional (desarrollados por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera de Colombia), en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994¹⁷ que, a juicio de los jueces en

¹⁷ ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. // La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar. // Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora. // Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos: // a) Lugar y fecha; // b) Nombre o razón social y NIT del empleador; // c) Nombre y apellidos del afiliado; // d) Número de cédula o NIT del afiliado; // e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa; // f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado. // El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado. // No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo

la actualidad, no cumplen con los estándares del deber de información requeridos. De esta forma, por virtud de la interpretación judicial imperante y generalizada de los jueces laborales, el período de carencia para trasladarse de régimen pensional cuando faltan menos de 10 años para obtener la pensión, solo se aplica para quienes no acuden al sistema judicial a obtener la ineficacia del traslado y, por el contrario, perdió su carácter obligatorio para quienes acuden a la justicia a declarar la ineficacia del traslado realizado bajo vigencia de las normas cuyo estándar de las condiciones del deber de información no se avalan en la actualidad.

Pero, además de lo anterior, la jurisprudencia en vigor de la Corte Suprema de Justicia ordena que, en los casos de ineficacia o nulidad del traslado, con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones privadas, trasladen a COLPENSIONES lo devengado por comisiones de administración y las primas de seguros provisionales trasladadas a las compañías de seguros con las cuales fue contratado tal seguro y, en tratándose de las demandas de ineficacia de la afiliación de los pensionados, ordenan la indemnización de perjuicios. Esta consecuencia, que se desprende del impedimento para trasladarse de régimen en el momento en que se considere conveniente, desconoce los derechos constitucionales a la propiedad privada y a los derechos adquiridos de quienes han prestado el servicio de la seguridad social en pensiones. De esta forma, el contexto normativo de la expresión acusada debe ser analizado de conformidad con el derecho viviente y con los nuevos debates constitucionales que no se pudieron evaluar al momento de adoptarse la sentencia cuya cosa juzgada debe ser enervada.

En conclusión, desde que se produjo la sentencia C-1024 de 2024 ha ocurrido una variación en el contexto judicial de la norma en el que, con la interpretación de otras disposiciones del sistema de seguridad social en pensiones, se deja sin efectos el periodo de carencia demandado para un grupo significativo de afiliados, mientras que para otros se mantiene su eficacia, con lo que no solo se modifica de manera significativa y determinante el alcance de la disposición jurídica demandada, sino

caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. // Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido. // Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

que se produce un impacto constitucionalmente relevante (diferencia de trato jurídico entre afiliados en las mismas condiciones fácticas, riesgo en la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y afectación al plan de vida y al derecho a escoger el régimen de su conveniencia de algunos pensionados) que amerita un nuevo pronunciamiento de la Corte.

Así, al paso que para el momento en el que se produjo la sentencia C-1024 de 2004, el tenor de la disposición ahora acusada era el de que ninguna persona podía trasladarse de sistema pensional cuando le faltaren menos de diez años para la edad de pensión, hoy, de derecho viviente, fruto de las decisiones constantes de los jueces laborales, ese traslado cabe en todos aquellos casos en los que no sea posible acreditar que el afiliado, en el momento de optar por el RAIS, recibió una información y una asesoría conforme con los parámetros que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral en diversas sentencias.¹⁸

Ese cambio en la comprensión del alcance del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, tiene clara relevancia constitucional, porque tiene un impacto significativo sobre la igualdad, la dignidad y el acceso a la seguridad social de los afiliados, así como sobre la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones y sobre el debido proceso de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual.

- c. Con posterioridad a la sentencia C-1024 de 2004, se han expedido múltiples actos administrativos que cambian las condiciones de cálculo de las mesadas pensionales en el RAIS y en el RPM. De manera particular, los artículos 65 de la Ley 100 de 1993 y 7º de la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios, autorizaron al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a establecer las fórmulas para el cálculo del saldo que se considere suficiente para que una cuenta individual cubra vitaliciamente las pensiones mínimas de vejez. Por ejemplo, las reglas para liquidar la pensión de vejez en el RAIS fueron fijadas por medio de la Resolución 1875 de 1997, luego por la Resolución 3099 de 2015 y, posteriormente, por la Resolución 3023 de 2017, con la introducción de cambios sustanciales que impactan el monto de la pensión.

Haciendo uso de esos cálculos, se evidencia la incertidumbre que puede generarse en el afiliado para la toma de decisión entre un régimen u otro, ya que por el cambio de parámetros técnicos y/o metodologías de cálculo definidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el beneficio otorgado en el RAIS puede cambiar significativamente, mientras que el beneficio reconocido en el Régimen de Prima

¹⁸ El deber de asesoría surge con posterioridad a la Ley 797 de 2003.

Media se mantiene constante con independencia de dichos cambios (tasa de interés, fórmulas de cálculo para cubrir vitaliciamente una pensión, tablas de mortalidad, “deslizamiento” crecimiento real del salario mínimo, inflación, entre otros).

Por ejemplo¹⁹, para un afiliado que se trasladó del RPM al RAIS en el año 1997, al comparar el posible beneficio pensional en relación con los requerimientos de capital para el financiamiento de la mesada bajo los parámetros conocidos en 1997 frente a los realmente observados en el 2005, 2010, 2015 y 2024 (a pesos de 1997), se evidencia que las proyecciones de los parámetros técnicos difieren de lo observado, conllevando a variaciones significativas en el posible beneficio, de la siguiente manera:

Fecha de Simulación	Resolución 1875/1997		En el año 2005, conforme a la Resolución 1875 de 1997-actualización del SM e inflación		En el año 2010, actualización de las tablas de mortalidad (Resolución 1555 de 2010), SM e inflación	
	Mesada	Capital Requerido	Mesada	Incremento del capital requerido	Mesada (nominal)	Incremento de capital requerido (a precios reales)
1997	172,005	38,026,546				
2000	190,705	42,311,335				
2005	226,498	51,575,479	381,500	28%		
2010	269,008	63,523,603	453,102	28%	515,000	39%
2015	319,497	73,127,349	538,143	28%	611,658	38%
2020	379,463	86,942,610	639,146	28%	726,458	38%
2024	435,442	87,204,457	733,434	28%	833,628	38%

Fecha de Simulación	Resolución 1875/1997		En el año 2015 conforme a la Resolución 3099/2015 Deslizamiento, tasa de interés, ajuste/incremento de beneficiarios, SM, inflación		Calculado al año 2024, la Resolución 3099/2015 Deslizamiento, tasa de interés, ajuste/incremento de beneficiarios, SM, inflación	
	Mesada	Capital Requerido	Mesada	Incremento del capital requerido	Mesada	Incremento de capital requerido
1997	172,005	38,026,546				
2000	190,705	42,311,335				
2005	226,498	51,575,479				
2010	269,008	63,523,603				
2015	319,497	73,127,349	644,350	32%		
2020	379,463	86,942,610	813,925	41%		
2024	435,442	87,204,457	981,192	64%	1,300,000	79%

¹⁹ Los cálculos aportados en este ejemplo fueron elaborados por Laura Victoria Navarro Pérez, profesional estadística, experta actuaria y profesora de la Especialización de Actuaría de la Universidad Antonio Nariño en la materia Probabilidad y Estadística. Es también profesora de la especialización en Derecho Laboral de la Universidad Cooperativa, sede Montería, en la materia Aspectos Financieros en Derecho Laboral.

En el año 1997 para obtener pensión en el año 2024, se proyectaba un capital requerido de \$87,204,457, sin embargo, con los ajustes metodológicos por el cambio de la Resolución 1875/1997 a la Resolución 3099/2015, el cambio de tablas de mortalidad y la actualización año a año del salario mínimo e inflación, dicho monto se incrementó en términos reales (descontando inflación) hasta en un 79% (para el 2024), lo cual implica, que en 1997 se pudo haber informado que el beneficio proyectado correspondería a 4.5 SM en el RAIS para el 2024, pero en el 2024 con los parámetros vigentes únicamente obtiene 1 SM.

Por ello, es lógico que a una persona que escogió el RAIS para cotizar su pensión de vejez, se le modificaron sus condiciones para obtenerla dentro de los 10 años anteriores a cumplir la edad para pensionarse, de ahí que no pueda imponérsele un período de carencia con posteriores cambios normativos que le afectan su derecho a obtener la mejor pensión a su alcance. Al momento de efectuar el traslado era imposible que el afiliado al RAIS pueda tomar la decisión más adecuada a sus intereses porque no contaba con que se realizarían modificaciones normativas posteriores a las reglas de cálculo de su mesada pensional.

- d. Hay diferencias estructurales entre los dos regímenes pensionales que no fueron evaluadas por la Corte Constitucional en el año 2004 debido a que en ese entonces el período de maduración del sistema era mínimo (1993- 2004). Ahora es posible advertir que la disposición acusada produce efectos mucho más gravosos respecto de los derechos de los trabajadores que no pudieron medirse al momento de efectuar el control constitucional. En la actualidad, se tienen muchos más elementos que permiten adelantar una evaluación sistémica de los derechos constitucionales en juego y de la sostenibilidad financiera del sistema pensional que cambian el significado de la expresión normativa demandada.

Esta modificación sistémica no obedece a un proceso que pueda identificarse con un exclusivo momento cronológico ni con decisiones administrativas o políticas específicas, sino que corresponde a la confluencia de un conjunto de situaciones que impactaron el entendimiento del período de carencia en los traslados pensionales. Por ejemplo, la diferencia entre el monto de cotización entre los dos regímenes no fue considerada por la Corte porque al momento de evaluar la norma no tenía una relevancia significativa en el control, pues mientras en el fondo privado la cuenta individual se nutre con el 11.5% de las cotizaciones, en el fondo público se aporta el 13%, en tanto que el primero debe contribuir, en desarrollo del principio de solidaridad, un 1.5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Todos los afiliados,

sin importar el régimen pensional, aportan un 3% para cubrir seguros y la comisión por la administración. Ahora, mientras el fondo privado invierte las cotizaciones para obtener rendimientos, el público paga las mesadas pensionales con las cotizaciones de los trabajadores actuales y con recursos públicos. Ello, sin duda, produce consecuencias directas sobre las decisiones de quienes están próximos a pensionarse, lo cual solo puede evaluarse en momentos cercanos a obtener el derecho, en tanto que los 10 años anteriores a la edad de pensión apenas constituye el inicio de la construcción del ingreso base de liquidación de la pensión en el fondo público.

- e. Las actuales realidades del mercado laboral en Colombia produjeron un impacto desproporcionado a los derechos de los trabajadores respecto de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social que no pudo ser evaluada por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004. Según lo expuso el informe número 3 de seguimiento fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público²⁰, con corte al año 2013, el 95% de los traslados de régimen pensional fue equivocado para los afiliados y muchos de ellos ya no pueden devolverse al régimen de su conveniencia porque se encuentran en el período de carencia regulado por la norma acusada.

El régimen privado favorece al 78% de los afiliados que no logran su derecho a la pensión, pues se devuelven los saldos con los rendimientos obtenidos, mientras que en el régimen público se paga una indemnización sustitutiva que corresponde al valor de las cotizaciones más el IPC. Los promedios de devolución de saldos, según los datos de uno de los fondos de pensiones privados son:

Año	Número de afiliados	Promedio de devolución de saldos pagados
2015	14.578	\$29.557.488
2016	17.433	\$35.417.977
2017	27.786	\$34.907.792
2018	37.793	\$35.043.251
2019	29.028	\$34.200.000
2020	66.935	\$34.900.000

²⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social. Movilidad e Interacción entre regímenes de seguridad social en Colombia. Informe de Seguimiento Fiscal número 03. Diciembre de 2014.

2021	60.699	\$45.660.930
2022	65.734	\$39.490.664

Por contraste, el 90% de los afiliados al régimen público no logran obtener la pensión y solicitan la indemnización sustitutiva. Según los datos disponibles de COLPENSIONES, este es el panorama general de este grupo de trabajadores:

Año	Número de afiliados	Promedio de indemnización sustitutiva pagada
2013	79.964	\$3.869.665
2014	68.866	\$3.857.433
2015	88.789	\$4.020.208
2016	93.545	\$4.362.775
2017	105.813	\$4.365.358
2018	106.058	\$4.800.000
2019	116.000	\$5.500.000
2020	82.250	\$6.800.000

La diferencia en los montos es altamente significativa y muestra que si los afiliados de este grupo se pudieran trasladar al régimen privado cuando su proyección laboral y pensional muestre que no lograrán pensionarse, podrían obtener un importante beneficio, dependiendo del tiempo de permanencia del saldo de su cuenta de ahorro individual. Ello muestra que, por las actuales condiciones económicas de los afiliados a pensiones, la norma acusada cambió significativamente de sentido y produce un impacto inconstitucional que no pudo valorarse en el año 2004.

De igual manera, los fondos privados son una mejor opción para los afiliados que se pensionarían con 1 SMMLV, pues en el RAIS se obtiene el derecho con solo 1.150 semanas de cotización. De esta forma, un afiliado al fondo público con menos de 10 años de edad para lograr la pensión y menos de 1.300 semanas de cotización no podrá trasladarse al fondo privado por disposición de la norma acusada.

De otra parte, se han producido notables variaciones en las condiciones a partir de las cuales se analizó el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en Colombia, las cuales pueden resumirse así:

a. Según lo expuesto en la sentencia C-1024 de 2004, la expresión acusada buscaba evitar la descapitalización de los regímenes pensionales y asegurar, tanto la universalización del sistema de seguridad social en pensiones como su sostenibilidad financiera. Veinte años después de la sentencia se evidencia que la expresión acusada no solo no amplió la cobertura, sino que además no ha generado una mayor estabilidad del sistema.

El establecimiento del periodo de carencia acusado no fue conducente para ampliar la cobertura porque la universalización de la seguridad social en pensiones no depende de la permanencia en un régimen de pensión dentro de los 10 años anteriores a tener el derecho para pensionarse, sino de la realidad laboral del país.

Según los datos que arrojó la Gran Encuesta Integrada de Hogares- 2023, adelantada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)²¹ el 58% de la población trabajadora tiene un salario inferior a 1 salario mínimo mensual legal vigente (en adelante, SMMLV), por lo que, por ese solo hecho, no puede afiliarse al sistema pensional. Del porcentaje de trabajadores que se encuentran en la formalidad, el 41% devengan 1 SMMLV y un 38% tienen un salario mensual de 2 SMMLV. Esto significa que el 79% de los trabajadores afiliados al sistema cotizan sobre salarios de hasta 2 SMMLV. No obstante, de ese porcentaje tan bajo de cotizantes, la inestabilidad laboral los obliga a cotizar en forma intermitente. De acuerdo con algunos estudios, de cada 10 trabajadores formales, solo uno cotiza los 12 meses consecutivos. Y según datos de la Superintendencia Financiera de Colombia²², de los afiliados de 50 a 59 años de edad, el 59% es inactivo, en tanto que a los 50 años hay una probabilidad del 23% de estar desempleado²³. Es claro, entonces, que parte de los elementos que generan estabilidad del sistema pensional radica en los problemas del mercado laboral y no en la prohibición de traslado cerca a obtener el derecho pensional, lo cual solo puede evaluarse con criterios de actualidad y no con una proyección superior o igual a 10 años.

b. El período de carencia en el traslado pensional produjo un impacto negativo en la sostenibilidad financiera del sistema pensional en un período que corresponde a más de 20 años de exigibilidad de la regla. En este período de madurez del sistema en el que una gran

²¹ <https://microdatos.dane.gov.co/index.php/catalog/782>. Consultada el 26 de enero de 2024.

²² [Superintendencia Financiera de Colombia \(superfinanciera.gov.co\)](https://superfinanciera.gov.co). Consultada el 26 de enero de 2024.

²³ López, H y Lasso F. El mercado laboral y el Problema pensional Colombiano. Borradores de Economía 736 de 2012. Condiciones de pensión RPM 1.300 semanas y edades 62 y 57 hombres y mujeres respectivamente. Cobertura entendida como pensionados sobre población edad de pensionarse.

cantidad de afiliados al RAIS encuentran que, por el monto de su cotización, era más favorable pensionarse en el RPM porque obtendrían subsidios implícitos a sus mesadas pensionales, han acudido a acciones judiciales para lograr el traslado. Esas decisiones han declarado la ineficacia del traslado y han ordenado a los fondos privados que, con cargo a su patrimonio, paguen indemnizaciones y/o trasladen los valores descontados de las cotizaciones correspondientes a gastos de administración y seguros previsionales.²⁴ Esta situación jurídica de los afiliados que quieren devolverse al RPM produce un impacto importante para las sociedades administradoras de fondos de pensiones, quienes se han visto obligadas a devolver con cargo a su patrimonio las comisiones que fueron parte de su ingreso, en los precisos términos del decreto 2649 de 1993²⁵. El impacto de la rigidez normativa en el traslado de régimen en los últimos 10 años antes de adquirir la pensión y su consecuente ineficacia de los traslados se calcula en pérdidas para el RAIS de 4.9 billones, lo que podría comprometer el 100% del patrimonio de algunos fondos privados de pensiones.

c. El análisis del monto de la pensión corresponde a un estudio particular de cada historia laboral, no obstante ello es evidente que la simple verificación objetiva de los datos numéricos aplicables en el reconocimiento de la pensión que, ante la falta de rentabilidad de las cotizaciones consignadas y de la ausencia de reservas en el régimen público, al punto de que en la actualidad las mesadas de los pensionados al RPM se pagan con las cotizaciones de los afiliados y con presupuesto público, la actualización del monto pensional requiere subsidios implícitos que aumentan en la misma proporción que la mesada.

²⁴ Los artículos 20 y 60 de la Ley 100 de 1993 disponen una clara distinción frente a los conceptos que corresponde a los porcentajes del aporte que realiza el afiliado. En primer lugar, el 10% tiene por objeto CAPITALIZAR la cuenta de ahorro individual, recursos que junto con los respectivos rendimientos serán administrados por las AFP para reconocerle al afiliado una pensión de vejez en los términos legalmente regulados. Luego, el 0.5% se utilizará para financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, en aras de hacer prevalecer el principio de solidaridad en el régimen privado; y por último un 3% corresponde a la contraprestación directa de los servicios prestados por las aseguradoras para solventar las contingencias de invalidez y sobreviviente y por las Administradoras Privadas de Pensiones, como remuneración a sus servicios prestados. Sin embargo, con ocasión de las decisiones judiciales, se obliga a las administradoras a devolver las primas del seguro previsional, que ya está devengado por la compañía de seguros, en la medida en que el riesgo, efectivamente lo asumió mientras la persona estuvo vinculado a la administradora de fondos de pensiones de una parte, y por la otra se dispone igualmente, la devolución de la comisión de administración, la cual fue usada por la administradora para prestar el servicio a los afiliados, el cual incorpora la inversión de los recursos y por ende, la generación de rentabilidades. Resulta paradójico que entonces se obligue a devolver una comisión usada en beneficio de los afiliados, y a su turno a entregar la rentabilidad que los recursos produjeron gracias a la comisión.

²⁵ ARTICULO 38. INGRESOS. Los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital.

Expresado lo anterior en otros términos, a mayor mesada pensional en el RPM, mayor subsidio se requiere. El siguiente cuadro muestra lo dicho:

Salario	Semanas cotizadas	Capital para pensión ²⁶ MM	Capital ahorrado MM	Subsidio requerido
3 SMLV	1.300	\$1.010,2	\$113,4	\$896,7
5 SMLV	1.300	\$1.422,9	\$226,6	\$1.196,3
10 SMLV	1.300	\$2.732,9	\$453,2	\$2.279,7
15 SMLV	1.300	\$3.939,0	\$679,9	\$3.250,1
20 SMLV	1.300	\$5.014,1	\$906,5	\$4.107,6

Si se trasladan cotizaciones más rentabilidad *ad portas* de la pensión, el subsidio disminuye.

El Banco de la República explica con claridad que “Las reformas avanzan considerable y convenientemente en la corrección, entre otros problemas, de la distorsión que existe actualmente en las decisiones de ahorro de los individuos cuando se enfrentan a escoger entre dos regímenes, uno –el de reparto- que por razón de los subsidios otorga pensiones notablemente más altas que el otro –el de ahorro-, cuando en cambio es este último el que, quitando el efecto de los subsidios, ofrece una tasa de retorno más alta. En ausencia de esa corrección, esas distorsiones afectan la senda eficiente de acumulación de capital productivo del país y la posibilidad de que los trabajadores obtengan mayores ingresos”²⁷.

Ahora, según datos de ANIF, el sistema de reparto combinado con altos subsidios lleva una enorme carga fiscal para la Nación, la cual representa en la actualidad el 1.6% del PIB y eso subsidia las pensiones de las personas de más altos ingresos. Se calcula que, en el Presupuesto General de la Nación de 2024, el costo de este subsidio implícito corresponde a 23.7 billones de pesos.

Así las cosas, el riesgo sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional no surge de interpretaciones aisladas o condiciones arbitrarias de la regulación que ameriten debates jurídicos individuales como demandas contra reglamentaciones o acciones de tutela contra decisiones judiciales que se consideran generadoras de vías de hecho. Se trata de acercarse al concepto constitucional sobre realidades actuales que exigen adaptarse a las nuevas circunstancias. Como lo dijo la Corte Constitucional, “una de las grandes ventajas de la

²⁶ Se toman los datos requeridos para que un hombre de 62 años pueda pensionarse.

²⁷ Banco de la República. Borrador de Economía número 1173 del 29 de septiembre de 2021. Pensiones y reforma pensional: efectos macroeconómicos del envejecimiento en Colombia. (banrep.gov.co)

comprensión dinámica del texto constitucional es que logra atender prontamente las necesidades ciudadanas, incluso evita la litigiosidad por vía de tutela y elimina las barreras de eficacia que constantemente se erigen para los derechos fundamentales”²⁸

d. En 2004, la preocupación de descapitalización del fondo público se producía porque se permitiría que personas que no le han contribuido y no fueron tenidas en cuenta en el cálculo actuarial puedan beneficiarse de la cotización de otros. Consideramos que, en la actualidad, ese argumento carece de sustento y, por lo mismo, el sentido material de la protección a la sostenibilidad financiera del sistema pensional ha cambiado por el contexto jurídico, económico y social en el que se aplica la expresión normativa acusada. Resulta evidente que el traslado al fondo público de las cotizaciones, sus rendimientos y los rendimientos del capital que se actualizan permanentemente (porque en el fondo de pensiones privados sí procede rendimientos sobre los rendimientos) disminuye la carga fiscal que debe financiar las pensiones. De hecho, el afiliado que solo cotizó en el fondo público impone a la nación una carga económica mayor que el afiliado que se traslada del fondo privado. Mientras que el último aporta rendimientos, el primero únicamente contribuye con cotizaciones. Luego, el nuevo entendimiento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional resulta relevante en el presente análisis.

e. La sentencia C-1024 de 2004 entendió que se protegía la sostenibilidad financiera del sistema pensional si se imponía la permanencia obligatoria en un régimen pensional para no generar “desgastes administrativos” y garantizar la mayor utilidad financiera de las inversiones. En la actualidad, el costo administrativo no impacta el artículo 48 superior porque el costo de la administración es del 3% constante en los dos regímenes pensionales, de ahí que con o sin traslado ese valor se paga por mandato de la ley. Tampoco se entiende que la utilidad financiera depende de las cotizaciones en los últimos 10 años, pues la diversidad de las inversiones y los distintos niveles de riesgo que el fondo privado asume no solo depende del ahorro individual de un número de afiliados, sino de contar con toda una estructura humana, particularmente técnica y experta, así como con recursos administrativos y tecnológicas que cumpliendo un régimen de inversiones, establecido por el Gobierno Nacional, puedan lograr una rentabilidades para los recursos administrados, las cuales como mínimo, deberán ser la rentabilidad a que se refieren los artículos 100 y 101 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, se tiene que la relevancia de la realidad económica del sistema de seguridad social en pensiones muestra que es necesaria una nueva comprensión del principio de sostenibilidad financiera que ampara el artículo 48 superior, por esa razón, es indispensable que la Corte Constitucional evalúe nuevamente la disposición acusada en consideración con

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2019.

una Constitución viviente. Así, la nueva realidad económica, social y judicial del traslado de régimen pensional transformó el significado de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, de forma tal que veinte años atrás cuando se adoptó la sentencia C-1024 de 2004 preservar el período de carencia era una manera de garantizar la capitalización del sistema, la financiación de las mesadas futuras y la equidad entre los afiliados al RAIS porque no beneficiaban a otros con su cotización y sus propias rentabilidades. Por el contrario, en la actualidad, la restricción de traslado en los últimos años de afiliación produce enormes inequidades entre los afiliados en idénticas condiciones laborales, traslados desordenados que requieren subsidios implícitos a cargo del RPM y desfinanciación de los fondos de pensiones particulares que generan un riesgo sistémico de desequilibrio económico. Así, lo que hace 20 años constituía una herramienta importante para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones contemplada en el artículo 48 superior, en la actualidad se convirtió en un gran riesgo de afectación que lo desconoce.

En conclusión, es cierto que no ha ocurrido un cambio formal del significado de la norma acusada, pero las nuevas circunstancias judiciales, jurídicas y económicas tienen una incidencia directa en su comprensión y, por consiguiente, es razonable concluir que se enerva la cosa juzgada constitucional de la sentencia C-1024 de 2004, por variación del contexto normativo de la expresión demandada.

IV. Concepto de la violación

Considero que el sentido de derecho viviente de la expresión demandada contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, es violatorio de los artículos 1º, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución política por las razones que se exponen a continuación.

4.1. Descripción transversal de los supuestos que subyacen a los problemas constitucionales en debate

4.1.1. Decisiones judiciales sobre el periodo de carencia

En los últimos años se ha producido una serie de decisiones judiciales, que constituyen una línea consolidada en la jurisdicción ordinaria laboral, que tiene como fundamento último la

pretensión de que quienes se trasladaron del RPM al RAIS no habrían optado por esa alternativa de haber tenido el suficiente conocimiento sobre sus implicaciones en el momento de acceder a la pensión, en contraste con lo que habría ocurrido de haber permanecido en el RPM.

En la jurisdicción ordinaria laboral, en asunto que no es del caso discutir aquí, se ha concluido que ese déficit de información es atribuible a las administradoras del RAIS, y que la desproporción del resultado en materia de prestaciones pensionales hace imperativo el restablecimiento de los derechos de quienes optaron por el traslado y, como consecuencia de ello, acceden a una pensión sensiblemente inferior a la que habrían podido obtener de haber permanecido en el RPM.

Es claro que la desproporción en los escenarios pensionales comparados se encuentra en el origen de las demandas y en la *ratio* que sustenta la jurisprudencia laboral, por cuanto una diferencia apenas marginal en el valor de la mesada pensional sería fácilmente atribuible a la existencia de dos sistemas distintos y a un tolerable nivel de riesgo en la opción por uno u otro. Es la desproporción del resultado la que conduce a la necesidad de encontrar una vía para restablecer el equilibrio que se ha roto.

Un estudio detenido de la historia de los sistemas pensionales en Colombia conduce a la conclusión de que la razón por la cual las personas que acceden a su pensión en el RAIS se ven enfrentadas a esa desproporción en sus prestaciones en comparación con aquellas que es posible obtener en el RPM, se encuentra en el elevado nivel de incertidumbre del escenario en el cual deben hacer la opción por uno u otro de los sistemas pensionales.

Puede decirse que la incertidumbre ha sido una constante en la realidad pensional colombiana.

Al principio se trataba de una incertidumbre velada por un desconocimiento generalizado sobre las implicaciones de un sistema general de pensiones. Así, inicialmente, desde la legislación laboral, se concibió un sistema pensional construido en función de las necesidades del pensionado, con una cobertura muy restringida y con unas condiciones que implicaban un alto nivel de incertidumbre en torno a su viabilidad en el largo plazo. Tal es el caso de una pensión a cargo del empleador, con 20 años de servicios, a la edad de 55 años para los hombres y 50 años las mujeres, y con una tasa de remplazo del 75% del salario devengado en el último año de servicios. Si en la actualidad se tiene claro que se requieren al menos entre 30 y 40 años de aporte para financiar una pensión, con edades de 65 años o más y tasas de remplazo de entre 40 y 60% calculadas sobre el promedio de lo devengado en la vida laboral, o, al menos, en un prolongado periodo, se advierte que en esas primeras etapas había un marcado desconocimiento sobre las implicaciones financieras del problema

pensional. Una consideración más detenida de todos los factores en juego condujo al diseño de nuevos modelos para hacer frente a los requerimientos pensionales de la población. Sin embargo, la incertidumbre, derivada de la diversidad, la complejidad y la dinámica de los factores en juego, a nivel mundial, no se ha superado a la fecha, y en todas partes continúan las discusiones y las reformas orientadas a obtener un sistema pensional que resulte adecuado en función de los objetivos de cobertura adecuada, suficiencia de las prestaciones y sostenibilidad financiera²⁹, sin que hasta el momento se haya encontrado una solución que arroje un nivel razonable de certeza en la materia.

En Colombia las reformas pasaron por la creación del Seguro Social en 1946 y, luego de la Constitución de 1991, por el establecimiento de un nuevo modelo de seguridad social con la ley 100 de 1993. Esta ley implantó dos regímenes pensionales, el régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), pero no en un diseño complementario, como hoy se advierte habría sido lo adecuado, sino paralelo, esto es, excluyentes y compitiendo entre sí de manera asimétrica.

De este modo la ley, en buena medida, trasladó la incertidumbre pensional a los afiliados, que tenían que optar por uno u otro sistema, con la circunstancia de que en el RAIS la prestación no es definida y va a depender del nivel de ahorro del afiliado, de los rendimientos generados y de un conjunto de consideraciones actuariales.

En ese contexto cabe anotar que no solo en Colombia, sino en el mundo, los sistemas de ahorro individual no respondieron plenamente a las expectativas sobre los niveles de la tasa de reemplazo.³⁰

De acuerdo con el texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Sistema General de Pensiones podrían escoger el régimen de pensiones que prefiriesen. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señalara el gobierno nacional.

El artículo 2 de la Ley 797 de 2003, modificó ese literal, el cual quedó así: “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial. Después de un año de la vigencia

²⁹ Ver Alberto Arenas de Mesa, *Los sistemas de pensiones en la encrucijada: Desafíos para la sostenibilidad en América Latina*. Libros de la CEPAL, N° 159 (LC/PUB.2019/19-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019.

³⁰ *Ibid.*

de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

En la Sentencia C-1024 de 2004 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esa disposición y sustentó su decisión en la consideración conforme a la cual “el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.”

Para la Corte, a la luz de los cargos entonces presentados, la norma cumplía con el requisito de proporcionalidad, por dos consideraciones: En primer lugar, en razón a que la disposición demandada preserva la validez constitucional de los principios de universalidad y eficiencia en materia pensional y, en segundo término, en cuanto la limitación prevista en el precepto legal demandado es eminentemente temporal y permite que las personas se trasladen libremente entre los regímenes pensionales reconocidos por el legislador, previamente a la realización de los supuestos normativos advertidos en la disposición acusada.

Cabe observar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esa disposición a la luz de dos supuestos que no se mantienen en la actualidad: a) Por un lado, se estaba en un escenario en el cual la eventual brecha entre las prestaciones a las que era posible acceder en los dos sistemas se mantenía dentro de niveles que podrían considerarse razonables, teniendo en cuenta que para la fecha de dicha sentencia, en el RAIS los cálculos de pensión se realizaban con una resolución que se había mantenido inmodificable desde el año 1997 y, b) por otro lado, se asumía la libertad de elección de los afiliados, quienes antes de entrar en el periodo de carencia, podían optar por el régimen que resultase más adecuado a sus intereses.

Tal como se pretende establecer en esta demanda, ninguno de esos supuestos se mantiene en la actualidad porque, por un diverso conjunto de razones, las prestaciones que aplican en uno y otro sistema resultan claramente desproporcionadas, y el presupuesto de la libertad de elección comporta una decisión informada sobre los escenarios pensionales resultantes de cada uno de los sistemas, supuesto que el transcurso del tiempo ha mostrado equivocado.

4.1.2. Desproporción en las prestaciones resultantes de los dos sistemas

En relación con el presupuesto de proporcionalidad exigible para que sea admisible la diversidad de trato entre los dos sistemas la H. Corte Constitucional puso de presente que

si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “dicha diversidad de trato no puede considerarse *per se* contraria al Texto Superior”, sí podría configurarse esa oposición con la Constitución si se demuestra “**la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible**”³¹.” (Énfasis añadido).

La realidad hoy es que, en relación con quienes acceden a las condiciones para pensionarse, han dejado de ser aplicables las consideraciones de razonabilidad y proporcionalidad, que motivaron la decisión de la Corte en el año 2004, tal como se advierte en los siguientes ejemplos ilustrativos, en los que se han estimado las prestaciones en cada uno de los regímenes, a partir de unos supuestos dados y dejando de lado ciertos aspectos actuariales que podrían tener un impacto marginal sobre la prestación en el RAIS:

Ejemplos de un hombre que se pensiona a los 62 años

Caso	Semanas de cotización	Ingreso promedio toda la vida	Ingreso promedio últimos 10 años	Mesada pensional RAIS	Mesada pensional RPM	Año de pensión
A	1.455	2.760.810	4.551.231	876.536	3.067.876	2020
B	1.732	1.147.887	29.000.000	2.826.400	19.590.803	2020

En el caso A se tiene que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución 3023 de 2017, el Saldo de Pensión Mínima para validar si la reclamación corresponde a una Garantía de Pensión Mínima era de \$221,253,813. Dado que el saldo del afiliado en su cuenta individual fue de solo 204,251,226, y, por consiguiente, inferior al Saldo de Pensión Mínima, el reconocimiento pensional correspondió a una Garantía de Pensión Mínima. Así, el beneficio obtenido por el afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad corresponde a 1 SMMLV, mientras que el que recibiría en el RPM correspondería a 3.5 SMMLV.

³¹ Así, en sentencia C-227 de 2004, al explicarse el alcance de las diversas modalidades de test de igualdad (leve, intermedio o estricto), la Corte consideró que procede el **juicio intermedio** cuando, por ejemplo, “*la medida pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental*”, como lo es, en este caso, el derecho a la seguridad social. Para adelantar el citado juicio, es necesario realizar un examen más exigente que el denominado **juicio leve**, el cual se concreta en requerir “*no solamente que el fin de la medida sea legítimo, sino que también sea importante, por cuanto promueve intereses públicos reconocidos por la Constitución o responde a problemas cuya magnitud exige respuestas por parte del Estado. Además, en este nivel del juicio de igualdad es preciso que el medio no sea solamente adecuado, sino que sea efectivamente conducente para alcanzar el fin que se persigue con la norma que es objeto del análisis de constitucionalidad*”.

Por su parte, el caso B evidencia la situación de un afiliado que los últimos 10 años tiene cotizaciones por salarios superiores al resto de su vida laboral (pese a que, de ordinario, después de los 47 años se espera que el salario se mantenga constante y la probabilidad de caer en desempleo aumenta) con fidelidad al Sistema General de Pensiones superiores al 85% (en promedio corresponde al 30%).

La referida desproporción se explica por factores como los siguientes:

- No se han realizado los ajustes paramétricos en el RPM, de manera tal que se mantienen elevados niveles de subsidio para las pensiones, especialmente las de las personas con mayores niveles de ingreso. Esto se advierte en aspectos como:
 - Las edades de pensión se mantienen en 57 y 62, cuando en muchos países esa edad se ha llevado a 65 años y más. Así, la información de la OCDE muestra que el promedio estimado de los países miembros y otras economías es de 64,2 años para hombres y 63,5 para mujeres.³² De hecho, en el proyecto que dio lugar a la ley 797 de 2003 se contemplaba elevar progresivamente la edad de pensión, de tal manera que, a partir de 2018, quedase en 62 años para las mujeres y en 65 años para los hombres. Esa propuesta, que no fue acogida, habría significado que en el RAIS el periodo de acumulación se aumentaba entre tres y cuatro años, al paso que se disminuía en igual medida el periodo probable de pensión, todo lo cual redundaba en la posibilidad de unas mejores tasas de reemplazo.
 - Las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión se mantienen en 1.300 semanas, equivalentes a 25 años de cotización, cuando en términos de viabilidad financiera, debería estar por encima de 1.600 semanas de cotización.
 - La tasa de reemplazo se encuentra en rangos que van de 55 a 80%, cuando la viabilidad financiera de los sistemas sugiere tasas mucho más bajas. Así, por ejemplo, la media de los países de la OCDE es del 49%, la media de los países de la Unión Europea es del 52% y que países como Francia, Portugal, Alemania o Reino Unido tienen tasas, respectivamente, del 60%, 74,4%, 38,7% y 21,7%.³³
 - El ingreso base de liquidación (IBL) en el RPM se calcula sobre el promedio de los últimos 10 años de servicios y no sobre toda la vida laboral, o, al menos, 20 años de servicios. En el proyecto que condujo a la Ley 797, en propuesta que no fue acogida, se establecía que el IBL se tomaba sobre el promedio de los 20 últimos años de servicio. Esto implica aumentar sensiblemente los niveles de subsidio

³² <https://www.fiapinternacional.org/colombia-las-edades-para-la-pension-por-vejez-son-menores-que-la-media-que-registro-la-ocde/>

³³ <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/que-es-la-tasa-de-reemplazo-de-las-pensiones.html>

con recursos públicos necesarios para atender las mesadas pensionales y constituye un factor que marca clara diferencia con la mesada que es posible obtener en el RAIS.

- Por otra parte, los cambios demográficos que, en general, debido al envejecimiento de la población, implican una mayor presión sobre el sistema e imponen nuevos condicionamientos actuariales a las mesadas pensionales que es posible reconocer en el RAIS. Es importante hacer notar que, al paso que, en el RPM, esa mayor exigencia financiera atribuible a los factores demográficos se asume con cargo al presupuesto público, sin que el afiliado se vea afectado en su expectativa pensional, en el RAIS, necesariamente, se traduce en un impacto sobre el valor de las mesadas que es posible reconocer.

Esto da como resultado unas mesadas pensionales excesivamente elevadas en el RPM en relación con lo que financieramente es posible, e impone una carga financiera sobre el presupuesto público que es insostenible en el largo plazo.

Sin embargo, ese nivel de las mesadas, cuya inviabilidad financiera fue, precisamente, lo que condujo a las reformas de 1993 y 2003, es el que se toma de base para calcular la razonabilidad y proporcionalidad de las mesadas que se obtienen en el RAIS, con la circunstancia de que, además, en este último modelo, se han impuesto unas cargas de solidaridad sobre los afiliados que no se contemplan en el RPM. Así los afiliados deben contribuir con un 1.5% del salario base al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Esa carga de solidaridad tiene un impacto sobre la prestación pensional que se ha estimado en alrededor de un 30% menos en el valor de la mesada pensional esperada.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, de manera expresa, señaló que un trato diferenciado no afectaba la proporcionalidad y la razonabilidad si de la medida que lo establecía se derivaban beneficios compensatorios. De este modo ante un conjunto de beneficios dados en uno y otro de los sistemas pensionales, el afiliado podía hacer una elección razonable, de modo que algunos prefirieran un mayor nivel de mesada pensional, a riesgo de que, si no llegaban a cumplir las condiciones de tiempo de servicios, recibirían una devolución de aportes que sería inferior a lo que les correspondería en el RAIS, puesto que allí acceden a la devolución del saldo de la cuenta individual, que incluye los rendimientos generados. A su vez, otras personas podrían asumir el riesgo de una mesada pensional más baja, pero a cambio del beneficio de tener un capital ahorrado y heredable y recibir el saldo de la cuenta de ahorros en el caso de no acceder a las condiciones para pensión. La razonabilidad de ese balance de opciones deja de ser una realidad, cuando la distancia entre las prestaciones a las que se accede en cada uno de los sistemas es tan grande, que, en un juicio objetivo, no puede compensarse con los eventuales beneficios.

Se tiene entonces que el modelo pensional existente en Colombia impone una carga desproporcionada a los afiliados del RAIS que acceden a las condiciones de pensión y no tienen opción de retornar al RPM, lo cual, a su vez, afecta el principio de igualdad, porque conduce a pensiones sustancialmente distintas entre personas que tienen similar o idéntica historia laboral.

Esa carga a la que se hace alusión se genera por la decisión legislativa de trasladar al afiliado la incertidumbre sobre las condiciones pensionales, que como se ha visto, son, en su mayoría, externas a la decisión personal del afiliado, y resulta desproporcionada porque, en función de promover la sostenibilidad financiera del sistema pensional con una menor carga para el presupuesto público, implica que algunos afiliados deberán asumir una prestación sensiblemente inferior a la que corresponde a quienes se pensionan en el RPM, sin que las razones que inicialmente explicaron esa determinación puedan justificarla constitucionalmente en las actuales circunstancias.

La decisión que la H. Corte Constitucional adoptó en la sentencia C-1024 de 2004, para el asunto que aquí interesa, parte de la consideración de que para acceder a los subsidios que ofrece el RPM, es preciso que la persona hubiese permanecido afiliada a ese régimen durante un periodo considerable, y que, en esa perspectiva, resultaba razonable el establecimiento de un periodo de carencia de 10 años. Acogió en esa dirección los argumentos del Ministerio de Protección Social, que al efecto señaló que resultaría “... injusto que una persona que no ha contribuido a la constitución del fondo común del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se beneficie y resulte subsidiado por las cotizaciones de los demás”. Y que “en esta medida, el interés general de todos los afiliados debe prevalecer frente al interés particular de cada uno de ellos de trasladarse de sistema.” Sin embargo, la Corte también puso de presente que para que la carga resultase constitucionalmente admisible debía existir un beneficio equivalente y que la sostenibilidad del sistema no podía conducir a cargas desproporcionadas a los afiliados. Retomando lo expresado en las sentencias C-516 de 2004 y C-623 del mismo año, en las que “se declaró la exequibilidad de los periodos de carencia o periodos mínimos de permanencia fijados por el legislador, conforme a los cuales, durante un preciso lapso de tiempo, los afiliados o cotizantes no podrán hacer uso del derecho de traslado”, destacó que ello sólo era válido bajo la condición de que “dicha carga no sólo contribuya al logro de un principio o fin constitucional válido, sino que también permita obtener al menos un beneficio personal directo o mediato en quien debe soportarla.”

Ello implica que el periodo de carencia se justifica en el propósito de mantener la estabilidad financiera del RPM y la exigencia de permanecer en un determinado régimen una vez iniciado ese periodo resulta razonable, por cuanto la posibilidad alternativa, a la que

libremente podían acceder los afiliados antes de que iniciase el periodo de carencia, ofrecía beneficios que, si bien son distintos, tienen un valor compensatorio. La razonabilidad de la exigencia del periodo de carencia se sustenta, así, en la relativa equivalencia de las prestaciones. Así, si bien es posible, por ejemplo, que en un régimen se acceda a mesadas pensionales superiores, esa diferencia se vería compensada por las ventajas, efectivas o eventuales, que la persona obtendría en el régimen alternativo.

En sentido inverso, la Corte tuvo en cuenta que quien optaba por el RAIS, asumía unos riesgos financieros, por cuanto los ahorros de su cuenta individual podían aumentar en valor cuando los rendimientos son positivos, pero podrían también decrecer, en épocas de depresión y que, en ese sentido “... se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.” Aunque este argumento es discutible, porque, en el supuesto al que se alude, la persona se pensiona en el RAIS con el valor de los aportes que traslada del RPM y solo se beneficia de los rendimientos futuros, a cuyo margen contribuye el capital trasladado del RPM a su cuenta individual, da cuenta, en todo caso, de la preocupación de la H. Corte de prevenir el denominado riesgo moral, por virtud del cual las personas buscarían beneficiarse de las ventajas que ofrece cada uno de los regímenes, pero sin asumir los riesgos o las desventajas asociadas a cada uno de ellos.

Esta consideración nos conduce a la segunda de las razones por las cuales se estima que la disposición acusada resulta contraria al principio de igualdad.

4.1.3. El sistema dio lugar a una elección que no puede calificarse de libre

Sobre el presupuesto relativo a la libertad de elección la H. Corte, en la Sentencia C-1024 de 2004, al paso que afirmó la existencia de un **“derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley”** (Énfasis añadido), señaló que no se trata de un derecho absoluto, por cuanto “... admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones”. Ya en la sentencia C-086 de 2002 la H. Corte había dicho que “no puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, **apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades**, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.” (Énfasis añadido).

Sin embargo, el sistema dio lugar a una elección que no puede calificarse de libre porque las personas se veían forzadas a adoptarla en elevadas condiciones de incertidumbre. Independientemente del nivel de información que suministrasen las AFP, que, en principio, de acuerdo con la ley, se limitaba a establecer la existencia de los dos sistemas, con sus respectivas características, y la proyección de eventuales escenarios, siempre existiría margen elevado de incertidumbre para el momento en el que a la persona la faltasen 10 años para la edad de pensión. Así, una persona que, por ejemplo, tenga una muy baja expectativa de estabilidad laboral podría preferir el RAIS, pero si luego su situación laboral mejora y logra un empleo estable y bien remunerado su decisión, en una consideración *ex post* habría resultado equivocada. El costo derivado de la incertidumbre resulta desproporcionado.

De derecho viviente se tiene hoy que la jurisdicción ordinaria laboral ha establecido que las decisiones de permanencia en el RAIS se produjeron en un escenario de ausencia de libertad de elección por falta de información. Esa es la realidad, independientemente de que se comparta o no la atribución de responsabilidad a la AFP por esos niveles de incertidumbre.

El Estado, a través de la ley les ofrece a las personas dos sistemas, de manera que asumen que se enfrentan a prestaciones relativamente equivalentes, con diferencia susceptibles de asimilarse en función del balance que cada persona haga de sus expectativas laborales.

En relación con este presupuesto se tiene que hoy, casi 20 años después de la sentencia C-1024 de 2004, puede afirmarse que la libertad de elección como fundamento para el establecimiento de un periodo de carencia de 10 años, ha quedado, como expresión de derecho viviente, desvirtuada.

El legislador creó un modelo pensional, con dos sistemas paralelos y en competencia entre sí. Era claro que el modelo como tal propiciaba la afiliación al RAIS y, de hecho, promovió la competencia entre las distintas administradoras de ese régimen para captar afiliados, entre otras cosas, porque la rentabilidad de los ahorros individuales, que es el nervio central de ese modelo, está ligada a la magnitud de los recursos disponibles, de manera que entre mayor sea ese valor, mejores son las perspectivas de rendimientos y, por consiguiente, mejoran las expectativas pensionales de los afiliados. A este respecto, en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 se dispuso que el RAIS “está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.”

El modelo, sin embargo, generaba elevados niveles de incertidumbre. Así, por ejemplo, hoy, en un análisis *ex post* (que no era viable realizar *ex ante*, en el momento de la afiliación) es posible determinar que, a un número muy alto de afiliados, que al finalizar su etapa productiva no han alcanzado las condiciones para acceder a una pensión, les conviene el RAIS, porque les devuelven el saldo de su cuenta individual que incluye los aportes más los rendimientos obtenidos. Sin embargo, cuando la persona sí accede a esas condiciones para pensionarse, el RPM ofrece una mesada sustancialmente superior. Pero en conjunto, en esa materia existía un velo de incertidumbre, porque no era posible predecir con certeza, ni el desenvolvimiento laboral de los afiliados, ni sus circunstancias personales y familiares, ni el rendimiento de los ahorros, ni los eventuales cambios legislativos en las condiciones del RPM. Así, quienes optaron por el RAIS y no acceden a las condiciones para pensión se verán beneficiados por su elección, y, por el contrario, quienes sí acceden a la pensión, se habrían beneficiado de haberse afiliado o haber permanecido en el RPM. Esa era la lógica del sistema y el periodo de carencia pretendía evitar el denominado “riesgo moral” derivado del hecho de que la persona, habiendo accedido a los beneficios eventuales de un sistema, pretendiera acceder luego, cuando adquiere certeza sobre su situación pensional, a los beneficios que puede ofrecerle el otro.

Ese riesgo moral, sin embargo, resulta admisible cuando la persona tiene un conocimiento razonable del riesgo que asume y cuando la magnitud de este resulta proporcionada. Y, aun así, continúa siendo una decisión compleja.

En un escenario como ese, para la persona que tenga incertidumbre sobre su estabilidad laboral, le resultaría muy difícil apostarle a una pensión sustantivamente superior, pero con una pequeña probabilidad de acceder a ella, frente a un beneficio en el monto del capital recibido en el evento altamente probable de que no alcance las condiciones para pensionarse.

Por el contrario, para la persona cuya estabilidad laboral es alta y sus perspectivas de vinculación continua son buenas, la incertidumbre tendría otras condiciones, porque estaría referida, no a la probabilidad de permanecer en el sistema laboral el tiempo requerido para generar una pensión, que se da por cierta, sino a los eventuales rendimientos que pudieran obtener sus ahorros en el RAIS, así como a los también eventuales, pero previsibles, ajustes en los elementos paramétricos del RPM, que obrasen en el sentido de equilibrar las prestaciones pensionales en los dos sistemas. (Aumento de la edad de pensión, o del número de semanas de cotización, o ampliación de la base del ingreso de liquidación o disminución de la tasa de reemplazo).

Lo cierto es que el afiliado enfrenta elevados niveles de incertidumbre, que no son posibles superar cuando le falte el considerable periodo de 10 años para acceder a la pensión. De

acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esa ausencia de información cierta implicaba que la decisión no era libre. Si se tiene en cuenta que en el 95.6% de las demandas que se han fallado en la jurisdicción ordinaria laboral se declara esa ausencia de libertad, se advierte que no se está ante situaciones individuales sino ante una realidad sistémica, que es atribuible a la incertidumbre inherente al modelo acogido por el legislador.

De este modo, hoy, a diferencia de lo que ocurría en el año 2004, cuando se expidió la sentencia C-1024, de acuerdo con una regla de derecho viviente, la opción que surge de la previsión del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 no es una decisión libre, porque la persona se ve forzada a adoptarla en condiciones de incertidumbre que no permiten una opción razonada.

4.2. Violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Aplicación del juicio de igualdad

De acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, para que proceda un juicio de igualdad se requiere que los cargos satisfagan unas exigencias específicas, que implican definir y aplicar tres etapas: “(i) determinar cuál es el criterio de comparación (‘patrón de igualdad’ o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual”³⁴. Se desarrollan a continuación cada una de esas etapas.

(i) Como consecuencia del periodo de carencia previsto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, dos personas que se encuentran en idéntica situación desde la perspectiva de los factores relevantes para acceder a la pensión reciben un tratamiento radicalmente distinto, según que se encuentren en el RPM o en el RAIS. Así, para establecer el *tertium comparationis* se tiene que se está ante dos personas que tengan la misma edad, que hayan trabajado el mismo tiempo, con el mismo nivel de remuneración, por encima de dos salarios mínimos, y

³⁴ Sentencia C-834 de 2013. En idéntico sentido, las sentencias C-826 de 2008, C-886 de 2010, C-240 de 2014 y C-002 de 2018.

que, por consiguiente, hayan realizado los mismos aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

La prohibición de traslado de régimen pensional dentro de los 10 años anteriores a la edad de pensión genera, en la práctica del sistema pensional colombiano, una discriminación entre afiliados con idénticas condiciones en su historia laboral. Para demostrar esa afirmación se comparan dos trabajadores con igual edad, igual base de cotización, igual densidad cotizacional, igual ingreso base de cotización, igual número de semanas cotizadas, pero con régimen pensional distinto. Por virtud de la expresión acusada, los dos trabajadores no pueden obtener el mismo monto de mesada pensional, puesto que existe impedimento legal para trasladarse de régimen cuando se tienen bases más sólidas para definir el futuro pensional y para que, de este modo, pueda equipararse y superarse el trato desigual injustificado entre dos personas en igual situación fáctica. El criterio de comparación utilizado, en consecuencia, será la confrontación entre dos afiliados al sistema de seguridad social en pensiones con idéntica historia laboral. Considero que los dos trabajadores son susceptibles de compararse no solo porque tienen las mismas aspiraciones (pensionarse y construir para su vejez un plan de vida económico estable y autónomo), sino también la misma protección constitucional (artículos 1º, 48 y 53 de la Carta).

Resulta claro que los supuestos de hecho que originan la diferencia en este caso están relacionados con el mercado laboral, con las condiciones macroeconómicas, con los subsidios implícitos y con la vinculación al régimen pensional. A partir de esa circunstancia podría plantearse que no se está ante situaciones que sean comparables. Sin embargo, lo cierto en la actualidad es que el ejercicio de la jurisprudencia laboral en materia de ineficacia o nulidad de traslados ha sido el de comparar el monto de la pensión en el régimen público y en el régimen privado, pues se trata de grupos poblacionales que comparten características e intereses con idéntica protección constitucional. Son trabajadores, obligados a cotizar al régimen de seguridad social en pensiones, con aspiración pensional concreta, con una vida de aportes al sistema y con una razonable preocupación por la estabilidad económica personal y familiar en tiempos de imposibilidad para seguir en el mercado laboral. No se ve como pudiera decirse que la Carta solo protege al trabajador que se encuentra afiliado a uno de los regímenes porque 10 años antes de la edad para obtener la pensión escogió bien su fondo de pensiones, ni tampoco que la Constitución únicamente garantiza las mejores condiciones de vida en la vejez a quien tuvo la suerte de obtener la mejor mesada pensional posible. Por consiguiente, es lógico concluir que los afiliados a los fondos de pensiones con idénticas condiciones en su historia laboral son comparables y deben tener la misma protección constitucional.

(ii) Las personas que accedan a las condiciones para pensión van a recibir un tratamiento pensional radicalmente distinto según que accedan a la pensión en el RAIS o en el RPM, puesto que, al paso que en el primer caso la pensión se calcula, exclusivamente sobre la base de sus aportes y los rendimientos obtenidos, en el segundo, el sistema contempla un subsidio sustancial, que, en la práctica ha significado que esas personas recibirán una mesada muy superior a la que obtendrán quienes se encuentren en el RAIS. Esta diferencia es un efecto atribuible a la disposición acusada, pues en su ausencia, las personas podrían elegir el sistema pensional que les resulta más beneficioso, con lo cual desaparecería la desigualdad de trato. Por el contrario, como consecuencia del periodo de carencia previsto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, las personas que se encuentran en el RAIS se ven forzadas a acceder a una pensión sustancialmente inferior.

Salta a la vista que el impedimento para trasladarse de régimen pensional cuando la incertidumbre del riesgo pensional ha desaparecido porque ya se tiene una historia laboral real y no imaginada (la que 10 años antes de la edad de pensión puede fundarse más en la ilusión y en las aspiraciones del trabajador que en su realidad laboral), produce en la práctica del sistema pensional una diferencia de trato injusta y desproporcionada que vulnera el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 13 superior. Si el afiliado que se pensiona en el RAIS pudiese trasladarse de régimen pensional el factor de comparación discriminatorio desaparecería (estar afiliado a distinto régimen pensional) y le permitiría ubicarse en la misma situación jurídica en la que se encuentra un afiliado al RPM. La declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada restablecería el trato igual entre los dos tipos de afiliados y permitiría que se supere la evidente injusticia y la desproporción económica que, por razones externas al trabajador, se presentaron al final de su vida laboral.

El período de carencia por la cercanía a la edad de pensión sí genera un trato desigual entre iguales, puesto que permite que dos trabajadores en idénticas condiciones fácticas tengan mesadas pensionales diametralmente distintas. Si bien cabría argumentar que ninguno de los dos trabajadores puede trasladarse de régimen dentro del período demandado y que por ello la norma trata igual a los dos supuestos de hecho comparados, es importante reiterar que el término de comparación que se utiliza para desarrollar el *test* no es el régimen pensional con que se pretende pensionar, sino el monto de la mesada pensional que se obtendría. Precisamente, se propone excluir el argumento circular que se produciría si decimos que no son iguales los afiliados al régimen público y los que lo son al régimen privado, porque son afiliados a regímenes que no son iguales. Se trata de hacer efectivas las garantías constitucionales a la universalidad, igualdad de oportunidades para los trabajadores, igualdad de protección a todos los afiliados al sistema de seguridad social en

pensiones y de superar las enormes injusticias que surgen del impedimento legal para trasladarse de régimen pensional cuando se tiene mayor certeza sobre el estado actuarial de sus cotizaciones. Esos objetivos constitucionales surgen de la comparación entre dos iguales: dos afiliados al sistema de seguridad en pensiones con idéntica historia laboral, pero con muy disímil mesada pensional. Luego, estamos comparando dos supuestos de hecho comparables, que se tratan distinto a pesar de que son iguales.

(iii) Para el análisis de la tercera de las etapas que surgen de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en relación con el juicio de igualdad, es preciso tener en cuenta que esa misma jurisprudencia ha indicado de manera reiterada que la metodología más apropiada para este estudio es la aplicación del *test* integrado de igualdad³⁵, el cual surge de una fusión entre la estructura lógica utilizada, de una parte, por la jurisprudencia estadounidense para analizar la razonabilidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales y, de otra, por los tribunales europeos que aplican el denominado *test* de proporcionalidad para garantizar la eficacia del principio de prohibición de la arbitrariedad, que debe guiar todas las actuaciones públicas y privadas en el Estado Social de Derecho³⁶.

En ese contexto debe verificarse si el tratamiento desigual obedece a una razón suficiente y apoyada en el texto constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, este escrutinio se adelanta en tres etapas que comparan la relación medio y fin, de forma tal que se analice si la medida: a) es idónea para alcanzar el fin, b) es necesaria para lograr el fin y, c) es proporcional en estricto sentido.

También, de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, ese escrutinio se desarrolla con tres intensidades. En los términos de las sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-519 de 2019, C-102 de 2022, C-103 de 2021 y C-308 de 2022, entre otras, el **escrutinio débil** “*se usa como regla general debido a la presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el legislador; está dirigido a: i) verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad; ii) que no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas; iii) asegurar que la medida que trae un trato diferente sea potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente; iv) establecer si la finalidad y el medio no se encuentran prohibidos por la Constitución; v) determinar que el medio es idóneo o adecuado para alcanzar el objetivo propuesto; vi) verificar que si la medida atiende a un fin u objetivo legítimo, no se trata de*

³⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-520 de 2016, C-586 de 2016, C-658 de 2016, C-139 de 2018, C-038 de 2021, C-433 de 2021 y C-489 de 2023, entre muchas otras.

³⁶ La explicación sobre el origen del *test* de igualdad en la jurisprudencia constitucional colombiana se encuentra, entre muchas otras, en las sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-862 de 2008, C-104 de 2016 y C-394 de 2017.

*una distinción constitucionalmente prohibida y es adecuada para la consecución de la finalidad identificada*³⁷.

Por su parte, el **test intermedio**, se ha utilizado por la jurisprudencia cuando se presente un indicio de arbitrariedad que pueda afectar derechos fundamentales, cuando se evalúa la validez de acciones afirmativas, o cuando la medida puede resultar potencialmente discriminatoria o cuando la medida pueda afectar el goce de un derecho no fundamental. Según la H. Corte Constitucional, este test *“está dirigido a verificar que i) el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente y ii) que la medida no sea evidentemente desproporcionada”*³⁸.

Y, el **test estricto**, se aplica cuando la medida a examinar hace uso de criterios sospechosos de discriminación, o afecta a grupos históricamente marginados, o impide el goce efectivo de un derecho fundamental. Busca establecer si *“i) el fin perseguido por la norma no solo es legítimo sino imperioso; ii) el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para el derecho a la igualdad de los destinatarios de la norma; y, por último, iii) los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre el derecho a la igualdad; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto –se destaca–”*³⁹

Ahora bien, la medida que esta demanda somete al control constitucional consiste en impedir que los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones puedan trasladarse de régimen pensional dentro de los 10 años anteriores a obtener el derecho pensional. A mi juicio, este juicio debe adelantarse mediante el test intermedio, por tres razones. La primera, porque no es una medida de tipo meramente económico o de política internacional que permita acudir al test leve. La segunda, porque no se trata de la utilización de un criterio sospechoso o de una medida que afecte un grupo discriminado, lo cual exigiría un test estricto. Finalmente, se está frente a la afectación de derechos fundamentales, tales como el trabajo, la dignidad humana, la igualdad entre los afiliados al sistema de seguridad social y las garantías de favorabilidad para los trabajadores que aspiran a pensionarse. Por ello, la tercera razón que soporta acudir al test intermedio está asociada con la necesidad de evaluar la medida con perspectiva de las garantías o prestaciones asociadas al derecho a la igualdad, a los principios mínimos esenciales de la relación laboral y al derecho a la seguridad social.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2020.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021.

Definida que la intensidad del test integrado de igualdad será intermedia, se busca averiguar si el período de carencia para el traslado pensional demandado obedece a un fin constitucionalmente importante y si el medio para lograrlo es efectivamente conducente.

En este caso la finalidad de la norma que estableció el periodo de carencia era la de, al paso que se garantizaba la libertad del afiliado para elegir entre los regímenes pensionales, asegurar la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, evitando el riesgo moral derivado de decisiones de traslado cuando ya se han consolidado las situaciones pensionales y sin asumir el riesgo implicado en la opción previa por uno distinto de aquel que, a la postre, se considere más beneficioso.

Si bien se trata de finalidades constitucionalmente importantes, la medida a la que acudió el legislador para obtenerlas no ha sido efectivamente conducente para materializarlas. Así, la medida no ha sido conducente para el logro de la primera de esas finalidades, puesto que les impone a los afiliados la carga de adoptar una decisión que tiene gravosas implicaciones para su futuro pensional, en un escenario tal de incertidumbre, que, como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, implica suprimir la libertad de elección. Por su parte, la medida tampoco ha sido efectivamente conducente al objetivo de asegurar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por las siguientes tres razones: (i) Debido a la ausencia de libertad para el afiliado en el momento de elegir su régimen pensional, las decisiones de traslado se han declarado ineficaces, con lo cual el objetivo de estabilidad previsto en la norma deja de ser efectivo; (ii) Resulta inadmisibles que la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se busque imponiendo una gravosa carga a los afiliados que, en ese escenario de incertidumbre hayan optado por permanecer en el RAIS, y (iii) la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se deriva de establecimiento del periodo de carencia previsto en la norma acusada, sino de un conjunto de decisiones legislativas orientadas a hacer que el diseño del sistema responda a los objetivos de cobertura adecuada, suficiencia de las prestaciones y sostenibilidad financiera, en condiciones equitativas para todos los afiliados.

Finalmente, la disposición acusada tampoco ha resultado adecuada para mitigar el riesgo moral que se ha identificado en el sistema pensional, no solo porque la opción final por la alternativa más beneficiosa viene ahora impuesta, en la generalidad de los casos, por decisión judicial, sino, además, porque para que, en estricto sentido, pudiera hablarse de un riesgo moral, habría sido necesario que los afiliados, con pleno conocimiento de causa, eligieran uno de los regímenes pensionales disponibles, asumiendo unos riesgos susceptibles de ser estimados con relativa certeza, y que, en todo caso, guardasen cierta proporción con los beneficios que implicaba la opción elegida. En la realidad, como se ha

mostrado, la opción por uno u otro de los regímenes, para el momento al que al afiliado le falten 10 años para la edad de pensión, no se hace con pleno conocimiento de causa, de manera que no hay clara conciencia sobre los riesgos asumidos ni sobre las implicaciones pensionales de la decisión. En ese escenario, imponerle al afiliado la permanencia en un régimen que resulta claramente contrario a sus intereses, no puede tomarse como una medida constitucionalmente admisible para mitigar el referido riesgo moral (que, como se ha dicho, no puede tenerse como configurado), sino como el traslado al afiliado de la plenitud de la carga derivada de la incertidumbre que caracteriza al sistema pensional colombiano, en procura de preservar la estabilidad financiera del RPM.

En varios apartes de este escrito se ha advertido que, en el contexto jurídico, social y económico en que se aplica esa disposición, los importantes objetivos iniciales (garantía de la libertad de elección del afiliado, protección a la sostenibilidad financiera del sistema y protección por el riesgo moral del sistema de pensiones), no se obtienen mediante el expediente de establecer una barrera temporal al traslado entre regímenes. Por el contrario, mantener en el ordenamiento jurídico la expresión acusada no solo no es conducente para lograr los fines de la norma, sino que pone en riesgo la estabilidad económica de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones privados a quienes los jueces les ordenan los traslados, con la responsabilidad de asumir con cargo a recursos propios una fracción significativa del valor a transferir (generando un riesgo de inestabilidad financiera grave); afecta el plan de vida de los afiliados a pensiones quienes no pueden decidir libremente por la opción escogida de retiro del mercado laboral, ni tampoco obtienen los ingresos necesarios para vivir en forma personal y familiar en condiciones de dignidad. Tampoco es claro como la prohibición analizada efectivamente contribuya a lograr evitar el denominado “riesgo moral” del sistema pensional.

Por otra parte, las consideraciones que se han presentado para mostrar la inconducencia de la disposición acusada para la obtención de los objetivos que se le atribuyen cuando se trata de una persona que quisiera trasladarse del RAIS al RPM para acceder en este último sistema a su pensión, también aplican en el escenario inverso, cuando quien advierte que no va a alcanzar las condiciones para acceder a su pensión, quisiera trasladarse del RPM al RAIS, en donde, por la vía de los rendimientos de sus ahorros, podría obtener una mejor prestación sustitutiva de la pensión.

En este caso, el período de carencia en el cambio de régimen pensional tampoco resulta ser un medio efectivamente conducente para asegurar la libertad de elección, o lograr la sostenibilidad financiera del sistema pensional o para prevenir el riesgo moral, respecto de las personas que, faltando 10 años o menos para tener la edad de pensión, encuentran que no podrán lograr la prestación. Ese grupo poblacional claramente es vulnerable

económicamente porque tendrá que afrontar su vejez sin un ingreso mensual vital y móvil. Pese a ello, resulta indiferente para el legislador que la mejor alternativa de ingreso para este grupo poblacional vulnerable sea en un régimen pensional distinto al que se encuentra afiliado. El afiliado obtendrá la devolución de solo sus ahorros en el RPM y en el RAIS sus ahorros, más los rendimientos. Es indudable que, si un aspirante a pensionado alcanza a transferir sus saldos con algunos años antes de cumplir la edad pensional o, incluso, años antes de solicitar la indemnización sustitutiva, podrá obtener un mejor valor de saldos. Ello no es posible si la ley impide los traslados al régimen pensional de su conveniencia, lo cual evidentemente no afecta el capital del fondo público que pueda poner en riesgo la sostenibilidad del sistema pensional ni tampoco implica un beneficio “inmoral” para el afiliado que únicamente aspira a recibir sus saldos.

Así las cosas, en el contexto de la aplicación actual de la expresión normativa acusada y de la diversidad de casos en los que la prohibición de traslado de régimen pensional analizado constituye un límite exacerbado a sus garantías constitucionales, es posible concluir que la intervención legal al derecho a la libertad de decisión del plan de vida de un trabajador no contribuye a obtener los fines anunciados por la norma, esto es, no es idónea para proteger la libertad de elección del afiliado, para asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional, ni para evitar prácticas injustas o inequitativas con el traslado. Por el contrario, como se ha explicado, impedir el traslado genera injusticias manifiestas entre afiliados con las mismas condiciones fácticas y respecto de trabajadores en situación de vulnerabilidad económica.

Frente a estas desventajas de la norma respecto del trabajador que aspira a pensionarse, la sentencia C-1024 de 2004, refiriéndose a la exposición de motivos de la ley que justificó el período de carencia analizado, dijo que las ventajas obtenidas con la regulación debían tener más peso en la decisión, como quiera que se tenían beneficios sistémicos que terminaban por favorecer a los propios afiliados. No obstante la validez de lo que se pudo concluir en ese momento, en la actualidad es claro que la medida adoptada por el legislador de 2003 representa más costos que beneficios, no solo individuales para los afiliados, sino para el sistema pensional mismo. La medida adoptada resulta desproporcionada porque se sacrifica gravemente derechos y garantías constitucionales de los trabajadores, sin que con ese sacrificio se obtenga una protección adecuada, idónea o necesaria de intereses constitucionales de mayor peso

En conclusión, la diferencia de trato en las mesadas pensionales, en los beneficios que se pueden obtener con un régimen o con otro, respecto de personas en idénticas condiciones, muestra la desproporción e irrazonabilidad de la medida acusada. Debido a la desproporción observada y a la falta de libertad de elección, el tratamiento diferenciado

que reciben quienes, en contravía con la alternativa más beneficiosa, se ven forzados a permanecer en uno de los regímenes pensionales, en oposición a quienes, en idénticas condiciones laborales, acceden al régimen que mejor se acomoda a sus circunstancias es violatorio del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

4.3. La disposición acusada también comporta un desconocimiento de los artículos 1º, 48 y 53 sobre dignidad humana y derechos pensionales de los trabajadores

En la medida en que la disposición normativa acusada impide que el afiliado próximo a pensionarse escoja el régimen que le permita proyectar su vida en condiciones dignas, vulnera el principio de dignidad humana previsto en el artículo 1º superior. Ello es así por cuanto, como se ha visto, la carga de adoptar una decisión sobre el futuro pensional en un escenario de elevados niveles de incertidumbre conduce a que un buen número de quienes se pensionan en el RAIS, reciba una mesada pensional sensiblemente inferior a aquella a la que habría podido acceder en el RPM. Del mismo modo, quienes adquieran la certeza de que no podrán cumplir la condiciones para acceder a la pensión y se encuentren en el RPM, no podrán mejorar las expectativas de su indemnización sustitutiva mediante un traslado al RAIS en los últimos años de su vida productiva. La atribución de esa gravosa consecuencia a la decisión que el afiliado se vio forzado a adoptar cuando no podía anticipar sus consecuencias, resulta lesiva de su dignidad, porque afecta sus expectativas legítimas sobre su plan de vida, fundadas en la existencia de un sistema legal de pensiones que ofrece unas prestaciones a las que finalmente no le será posible acceder.

El Legislador no puede impedir que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones adopten la decisión que se adecúe de mejor manera a su plan de vida.

Por las mismas razones, la exigencia de permanecer en el régimen al cual se encuentre afiliada una persona cuando le falten 10 años para la edad de pensión, implica que, dado el caso, se le impone la carga de acceder a la pensión, o a la prestación sustitutiva, con el régimen que menos le favorece, y, por consiguiente, resulta lesivo de lo dispuesto en el artículo 53 en armonía con lo previsto en el artículo 48 de la Carta, disposiciones de las que se desprende que los trabajadores tienen derecho a gozar de la mejor opción pensional posible o a escoger el régimen pensional que les sea más favorable.

En efecto, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores. Exige también esa disposición la igualdad de oportunidades para los trabajadores, así como la garantía a la seguridad social.

Así, como se ha dicho, el período de carencia demandado es evidentemente desproporcionado para afiliados que no tuvieron la misma suerte que otros de lograr una mesada pensional en condiciones más favorables. Esa prohibición de traslado afecta gravemente el derecho de los trabajadores a escoger la mejor alternativa pensional posible, el derecho de los afiliados a tener la misma mesada pensional que la que logran otros ubicados en la misma condición fáctica, el derecho a definir libremente el plan de vida de su preferencia y, en ocasiones, el derecho al mínimo vital de la población en fase no productiva.

No debe olvidarse que la decisión de un trabajador de retirarse de la vida laboral por razones de vejez tiene un impacto indudable en el monto de los ingresos mensuales con ocasión del trabajo, pues la tasa de reemplazo, en el RPM, va a oscilar entre 55 y, en los mejores casos, 80% de su salario. Además, es un hecho notorio que a la edad de pensión las oportunidades laborales y la estabilidad en el ingreso laboral disminuyen notoriamente. Luego, la escogencia del régimen pensional de conveniencia está ineludiblemente asociada al mínimo vital del pensionado y a la vida en condiciones dignas, de conformidad con el plan de vida escogido. Si la ley impide que el trabajador escoja su mejor alternativa económica para su vida durante la vejez, indudablemente impacta las condiciones de vida digna para el pensionado y su familia

Por su parte, en el artículo 48 superior se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. Si bien en ese artículo se defiere a la ley la fijación de los requisitos para acceder a la pensión y las condiciones que aplican para ello, sí establece la necesidad de una correspondencia entre la pensión y la historia laboral de los afiliados, medida en función de su aportes o cotizaciones⁴⁰, de manera que resulta inadmisibles, a la luz del derecho a la seguridad social allí previsto, la existencia de un tratamiento diferenciado y definitivamente desproporcionado entre personas que tengan equiparable historia laboral y hayan realizado un nivel equivalente de aportes al sistema.

4.4. La disposición acusada, con el alcance que tiene hoy, resulta contraria al mandato de sostenibilidad financiera del sistema pensional derivado del artículo 48 de la Constitución.

En efecto, el artículo 48 de la Constitución, de manera expresa, establece que “el Estado garantizará ... la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional” y es claro que el alcance que la jurisprudencia la ha dado a la expresión acusada del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, con las consecuencias de devolución de comisiones de administración, de

⁴⁰ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución, “para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”

primas de seguros previsionales e indemnización de perjuicios causados calculados a partir de la expectativa de vida de los pensionados, podría conducir a hacer financieramente inviable el RAIS, al paso que implica una gravosa carga que debe asumir el Estado por vía del RPM.

El RAIS tiene como fundamento el hecho de que las pensiones se financian con cargo al ahorro individual y a los rendimientos generados durante el periodo de acumulación. El legislador optó por establecer dos sistemas en paralelo y compitiendo entre sí de manera asimétrica. El RAIS implicó una fuerte apuesta por la sostenibilidad del sistema pensional, al paso que la viabilidad del RPM estaba supeditada a los ajustes paramétricos en las condiciones de acceso a la pensión, para reducir los subsidios que se mantienen en ese régimen, así como las inequidades inherentes a los mismos.

En efecto, la lógica financiera del sistema implicaba la necesidad de limitar esos subsidios y de realizar los ajustes indispensables para adecuar el sistema a las nuevas realidades demográficas y financieras. La omisión del legislador en hacerlo así no puede traducirse en un trato discriminatorio para los afilados que accedan a la pensión, ni en una respuesta desproporcionada en relación con las cargas que se imponen a las administradoras del RAIS.

Sin que el Estado haya realizado los ajustes paramétricos necesarios para asegurar, en el largo plazo, la sostenibilidad financiera del RPM, mantener el periodo de carencia establecido en la disposición acusada resulta contrario a la Constitución, porque la forma como se aplica en la actualidad la expresión acusada implica que no se logra el objetivo de sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en pensiones, al paso que se generan profundas inequidades entre los pensionados y cargas desproporcionadas para las administradoras del RAIS con grave compromiso de su patrimonio.

Por otra parte, la sostenibilidad del régimen pensional no depende del periodo de carencia sino de una serie de factores estructurales. La viabilidad del sistema pensional no puede, ante la omisión del legislador, hacerse depender del sacrificio desproporcionado de quienes, por un diverso conjunto de factores, decidieron permanecer en el RAIS y acceden a la pensión en condiciones altamente desfavorables en relación con quienes, con idéntica historia laboral, se pensionan en el RPM. Del mismo modo, tampoco puede afectarse la condición de quienes no van a poder acceder a la pensión y podrían acceder a una prestación más ventajosa si pudieran trasladarse el RPM al RAIS.

Para resolver esta inequidad, la justicia laboral ha obrado caso por caso para disponer que, en un contexto de ausencia de información adecuada en el momento en el que el afiliado realizó su opción final por uno de los dos regímenes pensionales, e incluso, para la generalidad de los casos, de imposibilidad de probar que la información sí fue adecuada,

deba disponerse el traslado del afiliado desde el RAIS al RPM. En ese caso el impacto sobre el RPM y las finanzas públicas es igual que el que se derivaría de una inexequibilidad, pero con el agravante de que provoca, por una parte, un enorme desgaste para los afiliados con expectativa de pensión, que deben afrontar un costoso proceso judicial; para el sistema de justicia, que se ve congestionado con demandas que se originan en un problema de diseño legislativo y que casi invariablemente conducen al mismo resultado estimatorio, y para el RAIS cuyas administradoras se ven condenadas a asumir unos valores en exceso de lo que corresponde según la estructura de los sistemas pensionales y, de ser el caso, frente a las restituciones mutuas provenientes de la nulidad o ineficacia del traslado.

4.5. Cargo por violación de los artículos 48, inciso 7º y 58 de la Constitución

La expresión acusada del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, de la manera como opera de derecho viviente, por la aplicación que del mismo vienen haciendo los jueces laborales, en la medida en que comporta que en los eventos de devolución de un afiliado del RAIS al RPM por orden judicial atribuible a un déficit de información, las AFP deban trasladar a la administradora del RPM adicionalmente al saldo de la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos correspondientes y al valor de lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, también, y con cargo a su propio patrimonio, el valor correspondiente a las comisiones de administración y a los seguros previsionales causados y pagados durante la permanencia del afiliado en el respectivo fondo, resulta contrario a la Constitución por violación del artículo 58 superior, que consagra la garantía del derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título. Así mismo, esa previsión es contraria al mandato del artículo 48 superior, de conformidad con el cual “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley...”.

La regla jurídica que impone transferir a la administradora del RPM, en los referidos eventos, no solo el saldo de la cuenta individual del afiliado en el RAIS, junto con sus rendimientos y el valor de lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sino, además el valor correspondiente a las comisiones de administración y a las primas por los seguros previsionales causadas y pagadas durante la permanencia del afiliado en el respectivo fondo, carece de causa jurídica, implica la disposición arbitraria de unos recursos que, se han aplicado a una finalidad imperativa prevista en la ley, han generado un beneficio tangible para el afiliado, y han dado lugar a una utilidad legítima para las AFP. El mandato de hacer esas transferencias impone, que, en contravía con el diseño del sistema de seguridad social en pensiones, las AFP deben asumir, de manera retroactiva y con cargo a

su propio patrimonio, lo que de acuerdo con la ley debe cubrirse con una fracción, aplicable por una sola vez, del valor de los aportes realizados por los afiliados.

No hay duda ni reserva alguna sobre el hecho de que, en el evento de traslado desde el RAIS hacia el RPM, la correspondiente AFP deba transferir el saldo de la cuenta individual del afiliado, que comprende el valor acumulado de sus cotizaciones, descontadas las sumas que correspondan a las comisiones y a las primas de seguros previsionales, y adicionado por los rendimientos generados por los recursos durante su permanencia en el RAIS. El desempeño histórico de los dos sistemas, a su vez, permite establecer que el valor de los rendimientos que se obtienen en las cuentas individuales en el RAIS es superior, con mucho, al valor que esos mismos recursos habría obtenido en el fondo común del RPM si el afiliado hubiera permanecido en ese régimen. De este modo, cualquiera sea la razón que explique una orden de traslado una vez iniciado el periodo de carencia previsto en la ley, es claro que el traslado del saldo de la cuenta individual, en los términos referidos, no comporta detrimento alguno, ni para el afiliado, ni para el RPM, el cual, por el contrario, se verá beneficiado con unos rendimientos que no se habrían obtenido de haberse realizado las cotizaciones directamente al RPM.

Como se ha expresado, las decisiones judiciales que imperan en la justicia ordinaria laboral han dejado sin efecto la regla original del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tal como fue modificado por la ley 797 de 2003, y la han sustituido por una completamente distinta, que impone una transferencia sin causa que genera notable detrimento patrimonial a las AFP.

De este modo, si las administradoras del RAIS incurren en un costo por la administración de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y su trabajo se traduce en resultados ciertos de incremento de capital de propiedad del afiliado, la comisión de administración percibida se aplica a cubrir dichos costos, así como los propios de los seguros previsionales y comporta un margen de utilidad para la respectiva AFP⁴¹. Las restituciones que se originan en la regla jurídica que resulta de las decisiones uniformes de los jueces laborales que exigen devolver los gastos de administración y los seguros previsionales ya

⁴¹ Adicionalmente debe tenerse en cuenta que, como las AFP son entidades financieras, deben tener un capital mínimo, que se encuentra previsto en el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; deben cumplir con un margen de solvencia, que está regulado en el Decreto 2555 de 2010 y, finalmente, tienen que mantener una reserva de estabilización de rendimientos, que equivale al 1% del valor de cada fondo administrado. De manera que si no se cumple con la rentabilidad mínima se toman estos recursos y con ellos se paga lo necesario para alcanzar esta rentabilidad, y en caso de que esa suma sea insuficiente hay una obligación a cargo de los accionistas de poner el exceso. Es decir, como contrapartida de la remuneración, hay recursos de los accionistas puestos al servicio de la actividad financiera y particularmente de la previsional de administración de los fondos.

causados y pagados, con cargo al patrimonio de las AFP, viola manifiestamente el artículo 58 superior, porque, sin causa jurídica, desconoce la propiedad privada y los derechos adquiridos de los fondos privados de pensiones.

Resulta lógico que si se contrata un oficio con un particular (administrar cotizaciones), se paga por ello (3% de la cotización por gastos de administración y prima del seguro previsional) y efectivamente se cumple con la gestión (la administración produce rendimientos que se consignan en la cuenta personal del afiliado), la retribución por los costos en los que se ha incurrido, así como la utilidad derivada de esa operación, ingresan al patrimonio del privado. Ese valor obtenido se convierte en propiedad privada, garantizada y protegida por la Constitución. De igual manera, es evidente que, si el propio Estado exige pagar seguros previsionales para trasladar los riesgos de la vejez, invalidez o muerte y, eso efectivamente se hace, sin que se presente el siniestro, el derecho de seguros indica que el valor de las primas pagadas y causadas ingresa al patrimonio de las empresas aseguradoras y constituye un derecho adquirido que es protegido con arreglo a la Constitución y a las leyes comerciales. Pero no solo eso. Cuando los costos y las primas ya han sido pagados, salen a su vez, del patrimonio de las AFP, y, como de manera expresa se señala por los jueces laborales, la restitución de esos valores debe hacerse con cargo a su propio patrimonio. Esto es, no sólo se les priva de una utilidad que es legítima, sino que, además, se les impone asumir con sus propios recursos el costo de operación del sistema, que, tanto en el RPM como en el RAIS, se sufraga con cargo a la comisión de administración.

En este contexto resulta de especial relevancia hacer alusión al específico concepto de derechos adquiridos en el sistema pensional colombiano. En el Acto Legislativo 01 de 2005 se advierte el interés del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos de los operadores del sistema de seguridad social en pensiones. Aunque a primera vista pudiese pensarse que cuando el inciso 7º del artículo 48 superior dice que “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley...”, se refiere únicamente a los derechos de los afiliados al sistema. No obstante, si se revisa con detenimiento e integralidad la norma, es claro que la protección superior opera frente a todos los operadores del sistema. Su referencia a la sostenibilidad, a la defensa de los derechos en general, a la importancia de los derechos adquiridos en la seguridad social en pensiones y, con la reiteración del inciso 10, respecto de que “en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, es fácil concluir que cuando existen recursos que han entrado al patrimonio de todas las personas que intervienen en el proceso pensional, no pueden ser desconocidos, arrebatados o quebrantados por el Estado que los reconoció legítimamente. Ello también con fundamento en lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos.

En suma, la posibilidad prevista en la Constitución de concurrencia entre los particulares y el Estado para la prestación de la seguridad social y de que esa actividad es de interés público y tiene una finalidad social ineludible, no excluye la motivación económica de los privados que adelantan la actividad, ni permite atribuir a quien asume esa gestión en los términos de la ley, la responsabilidad por el costo total de la operación del sistema. En consecuencia, la regla conforme a la cual procede restitución de gastos de administración, primas de seguros previsionales e indemnización de perjuicios ordenados sin causa jurídica, vulneran los artículos 48 y 58 constitucionales.

V. Conclusiones y pretensiones

5.1. Conclusiones

Por las razones expuestas considero que la expresión acusada del literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece una carga desproporcionada en cabeza de las personas que decidieron trasladarse del RPM al RAIS y que antes de la fecha que determina el periodo de carencia establecido en esa disposición no solicitaron su regreso al RPM y al cumplir las condiciones para pensionarse acceden a una mesada sensiblemente inferior a la que habría obtenido de haber permanecido en el RPM o haber retornado a ese régimen antes de que hubiese iniciado el periodo de carencia. Igual consideración cabe para las personas que, encontrándose en el RPM, iniciado el periodo de carencia previsto en la disposición acusada, adquieren la certeza de que no van a poder acceder a las condiciones para pensión y van a recibir una indemnización sustitutiva que es sensiblemente inferior al valor que podrían recibir de tener la opción de trasladarse al RAIS.

5.1.1. Lo anterior comporta una infracción de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, por cuanto:

- a) Impone una diferencia desproporcionada en las prestaciones pensionales de personas que, con idéntica historia laboral, se pensionan o acceden a una prestación sustitutiva, o en el RAIS, o en el RPM. El tratamiento desigual encontraba justificación en la necesidad de mantener la sostenibilidad financiera de ambos regímenes pensionales. Sin embargo, la diferencia entre las prestaciones en uno y otro régimen es tan amplia, y la ausencia de una decisión oportuna de traslado del afiliado es atribuible a un nivel de incertidumbre propio del diseño legislativo y de

la dinámica de las realidades pensionales en Colombia y en el mundo, lo cual hace que la diferencia de trato se torne desproporcionada. Encontraba justificación en las ventajas que implicaba cada uno de los regímenes, y en los beneficios que era posible obtener en uno y en otro. La H. Corte Constitucional ha dicho que esa diferencia de trato se justificaba, precisamente, cuando la misma puede verse compensada con esos beneficios. Pero si el resultado final, y difícilmente previsible, es el de una carga que ni remotamente se compensa con los beneficios compensatorios, hay una afectación del derecho a la igualdad.

- b) Impone una gravosa carga procesal a las personas, que no solo implica un desgaste del aparato de justicia, sino que genera inequidades derivadas de vicisitudes puramente procesales, derivadas de que se pueda acreditar, o no, en el escenario de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el déficit de información, y obtener la declaración de ineficacia del traslado. Por virtud de esas vicisitudes puramente formales, personas que se encuentran en idéntica situación fáctica en cuanto a su historia laboral podrían recibir tratamientos sustancialmente distintos.

Debe agregarse que el estándar probatorio que se deriva de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace que la gran mayoría de las personas que acuden solicitando la ineficacia del traslado obtenga una respuesta favorable de los jueces, con lo cual la pervivencia de la norma, tal como está siendo aplicada, genera un tratamiento discriminatorio para unas pocas personas, en relación con las cuales pueda darse por establecido que recibieron información suficiente, así sea un hecho notorio que cualquier persona, de tener información cierta sobre una diferencia pensional de las magnitudes de las que aquí se debaten, no habría permanecido en el régimen que le es adverso, y que el problema no se desprende del tipo de información que se suministró o se dejó de suministrar, sino de las asimetrías de los sistemas y del nivel de incertidumbre que caracterizaba el sistema pensional, particularmente cuando la decisión debe adoptarse con, al menos, diez años de anticipación a la edad a partir de la cual es posible acceder a la pensión.

5.1.2. La disposición acusada también comporta un desconocimiento de los artículos 1º 48 y 53 sobre dignidad humana y derechos pensionales de los trabajadores

El Legislador no puede impedir que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones adopten la decisión que se adecúe de mejor manera a su plan de vida. Como la expresión

normativa acusada impide que el afiliado próximo a pensionarse, o aquel que adquiere la certeza de que no va a acceder a una pensión, escoja el régimen que le permita proyectar su vida en condiciones dignas, vulnera el principio de dignidad humana (desconocimiento del artículo 1º superior).

La Ley no puede imponer al aspirante a pensionado con menos de 10 años para obtener el derecho que permanezca en el régimen que menos le favorece, cuando la elección no se hizo en condiciones de libertad informada, y cuando las diferencias resultantes son claramente desproporcionadas. De conformidad con el artículo 53 de la Carta, los trabajadores tienen derecho a gozar de la mejor opción pensional posible o a escoger el régimen pensional que le sea más favorable, dentro márgenes razonables de apreciación entre las alternativas disponibles.

5.1.3. Adicionalmente, la disposición acusada, tal como viene operando de derecho viviente, atenta contra la viabilidad financiera del RAIS y contraviene de manera flagrante el mandato del artículo 48 de la Constitución conforme al cual el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La regla de derecho viviente que surge de la expresión acusada del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 es la siguiente: Cuando la permanencia de un afiliado en el RAIS para el momento de entrar en el periodo de carencia haya sido consecuencia de un previo traslado producido con déficit de información sobre las diferencias entre los regímenes y las implicaciones de su decisión, se declarará la ineficacia del traslado y se ordenará restituir al RPM el saldo de la respectiva cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos acumulados, así como el valor transferido al fondo de garantía de pensión mínima y los valores correspondientes a las comisiones de administración y los seguros previsionales, sumas estas últimas que se sufragarán con cargo al patrimonio de la correspondiente AFP.

Esa regla, de por sí, deja sin sentido el periodo de carencia originalmente previsto en la ley, porque difícilmente se va a dejar de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS sobre la base de un déficit de información, en tanto que son evidentes y constantes las desproporciones en las mesadas pensionales de los afiliados que están consolidando su derecho pensional en los años que corren. Ello implica para el sistema pensional en su conjunto una consecuencia más gravosa que la de dejar sin efecto el periodo de carencia, con alcance erga omnes, por dos tipos de consideraciones.

Por un lado, esa regla está provocando una grave afectación del patrimonio de las AFP que compromete su estabilidad financiera y su capacidad para mantenerse como operadoras

del Régimen de Ahorro Individual del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por cuanto no puede desconocerse el gran impacto en el patrimonio privado que ha causado la devolución de sumas de dinero que se habían consolidado y las condenas por indemnización de perjuicios que se están ordenando para restablecer la desproporción en la mesada pensional que constituye el mínimo vital del afiliado y su grupo familiar.

Es obvio que los nuevos cargos al patrimonio de las AFP, no calculados ni presupuestados durante más de 20 años de vigencia de la Ley 797 de 2003, producen una merma al capital privado no sostenible a largo plazo.

Lo anterior conduce a la conclusión de que la manera como viene operando la regla del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, podría impactar gravemente la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en la medida en que, sin aportar a la estabilidad financiera del RPM, afecta el patrimonio de las AFP al punto que puede comprometer su permanencia como agentes del sistema.

5.1.4. Finalmente de la manera como opera de derecho viviente el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, en la medida en que comporta que en los eventos de devolución de un afiliado del RAIS al RPM por orden judicial atribuible a un déficit de información, las AFP deban trasladar a la administradora del RPM adicionalmente al saldo de la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos correspondientes y el valor de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, también, y con cargo a su propio patrimonio, el valor correspondiente a las cuotas de administración y a los seguros previsionales causados y pagados durante la permanencia del afiliado en el respectivo fondo, resulta contrario a la Constitución por violación de los artículos 58, que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, y 48 de la Constitución, que en forma específica impone la garantía de los derechos adquiridos para todos los operadores del sistema.

Ello es así porque la regla que dispone esa restitución carece de causa jurídica e implica imponer a las AFP la responsabilidad de asumir con cargo a su patrimonio los costos de operación del sistema que han sido efectivamente causados y pagados.

5.1.5. Si se concluye que la regla derivada del aparte acusado del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003 es contraria a la Constitución y debe ser declarada inexecutable, el completo restablecimiento del orden constitucional implicaría la necesidad de un fallo modulado que corrija el

impacto que sobre el patrimonio de las AFP se ha producido como consecuencia de la manera como, de derecho viviente, se ha venido aplicando esa disposición.

En efecto, si como lo ha advertido Asofondos, a 31 de diciembre de 2023, se han proferido y cumplido alrededor de 46.739 sentencias y, a esa misma fecha, se encontraban activos más de 48.316 procesos en los que se ha declarado la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional y se ha ordenado la devolución de cuotas de administración y de primas de seguros previsionales ya causadas y se siguen iniciando y fallando procesos que ordenan el pago de indemnizaciones de perjuicios a pensionados que obtuvieron en el RAIS una pensión de menor valor que en el RPM, la afectación a la propiedad privada de las Administradoras de Fondos de Pensiones debe ser restaurada y protegida constitucionalmente.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme y constante en sostener que, a pesar de que son excepcionales, los efectos *ex tunc* de las sentencias de control abstracto de inconstitucionalidad, pueden adoptarse cuando aquellos son indispensables para restablecer la eficacia de derechos constitucionales que, de manera abierta y directa, resultaron desconocidos y, de esta forma, el efecto retroactivo del fallo es indispensable para sancionar las violaciones flagrantes y graves de la Constitución.

Así, en la medida en que las transferencias adicionales a la declaratoria de ineficacia de los traslados con cargo a los recursos de los fondos de pensiones privados, originadas en el sentido de derecho viviente de la expresión acusada, carecen de causa, resultan abiertamente contrarias al artículo 58 de la Constitución y han generado un severo impacto sobre el patrimonio de quienes tienen a su cargo a la administración del RAIS, se cumplen las condiciones para que la H. Corte module los efectos de su decisión en los términos que se solicitan en esta demanda.

Es claro que la única manera de restablecer el patrimonio privado afectado, de manera directa y desproporcionada, es la fijación de los efectos retroactivos al fallo que aquí se adopte. Ello es así por cuanto aun cuando la Corte Constitucional declare la inexecutable de la expresión acusada, incluyendo en tal declaración su sentido de derecho viviente, resultaría imposible fáctica y jurídicamente que las AFP obtengan el restablecimiento de sus derechos adquiridos desconocidos y la devolución de los recursos económicos que tuvieron que transferir en exceso a la administradora del RPM. Esas situaciones, en general, están amparadas por la cosa juzgada laboral y ya no es factible interponer acciones de tutela para proteger sus derechos por la superación del requisito de inmediatez que se exige en dichos procesos constitucionales. Por consiguiente, la gravísima violación del artículo 58 superior, solo será superada y sancionada si la H. Corte Constitucional confiere efectos retroactivos del fallo.

5.2. Pretensiones

Con base en las consideraciones presentadas, respetuosamente solicito a la H. Corte Constitucional:

5.2.1. Pretensiones principales

- a) Declarar la inexecutable de la expresión acusada del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.
- b) Modular el sentido del fallo para disponer que los efectos de la inexecutable declarada se aplican para todos los casos en los que judicialmente se haya dispuesto el traslado del RAIS al RPM con fundamento en un déficit de información al afiliado, de manera tal que para efectos del traslado se acuda únicamente a las transferencias aplicables a los traslados voluntarios y se proceda a las correspondientes devoluciones o compensaciones de lo transferido en exceso.

5.2.2. Pretensión subsidiaria

- c) Subsidiariamente, si la H. Corte considera que debe declararse la executable de la disposición acusada, modular el sentido de la decisión mediante un fallo de executable condicionada, para disponer que en todos los escenarios en los que proceda la devolución de un afiliado del RAIS al RPM, sea en sede administrativa o judicial, debe devolverse el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los correspondientes rendimientos, así como los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y sin incluir los valores correspondientes a la comisión de administración y las primas de los seguros previsionales. A su vez, la administradora del RPM deberá contabilizar como aportadas en ese régimen todas las semanas cotizadas por el afiliado, sin disminuir la base de cálculo por efecto de las cuotas de administración y los seguros previsionales sufragados en el RAIS.

VI. Competencia de la Corte

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, de acuerdo con el cual a esa corporación le corresponde “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.” Ello por cuanto la demanda se dirige contra una disposición de una ley de la república, como lo es la ley 797 de 2003.

De los H.S. magistrados,

Luis Guillermo Guerrero Pérez
C.C. 12.967.238