LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Bogotá, D.C., 3 de julio de 2014

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, *"Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".*

Demandantes: MARLON DAVID MUÑOZ GIRALDO.
Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Expediente D-10194.
Concepto 5795

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2º, y 278, numeral 5º, de la Constitución Política, rindo concepto sobre la demanda instaurada por MARLON DAVID MUÑOZ GIRALDO, quién, en ejercicio de la acción pública establecida en los artículos 40, numeral 6º, y 242, numeral 1º, Superiores, solicita a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de algunos apartes del artículo 7 (parcial) de la Ley 71 de 1988, cuyo texto se transcribe enseguida (con lo demandado en negrillas):

"*LEY 71 DE 1988*
(diciembre 19)
Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
DECRETA:

[…]
ARTÍCULO 7. *A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de* ***aportes*** *sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades* ***de previsión social que hagan sus veces*** (sic.)*, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*
El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas".

1. Planteamiento de la demanda

El actor considera que las expresiones acusadas vulneran el Preámbulo y los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política. Fundamenta su postura aduciendo que la disposición parcialmente demandada atenta contra el derecho a la igualdad, toda vez que da un trato diferente a las personas que se encuentran en un mismo presupuesto fáctico. En este sentido dice:

> "*Le permite a unos pensionarse por vejez, si acumularon 20 años de aportes en el Régimen de Prima Media (RPM) y en alguna otra caja de previsión. Pero no le permite obtener esa pensión, a quienes reúnen la misma cantidad de tiempo laborado, sólo porque la entidad pública para la cual trabajaron no hacía aportes a una entidad de previsión social, al asumir ellas mismas la pensión de sus empleados*".

De igual forma, en la demanda se indica que las disposiciones acusadas ponen en situación de desigualdad a quienes se rigen por la Ley 71 de 1988 (régimen de pensión por aportes) frente a los que rigen por la Ley 33 de 1985 (régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), toda vez que, a diferencia de aquella, esta última no exige aportes sino tiempo de servicio para que la persona pueda acceder a la pensión.

Por otra parte, el actor considera que las expresiones demandadas contravienen el derecho a la seguridad social, por cuanto considera que se le está imponiendo al adulto mayor la responsabilidad de efectuar los aportes, obligación que, por el contrario, advierte que debería corresponderle a las entidades públicas, bien sea a través de la emisión del bono pensional o del pago de la pensión en una cuota parte para que sean tenidos en cuenta en el cómputo de las semanas que no fueron aportadas a una caja de previsión.

Por último señala que se infringe el principio de favorabilidad al no materializarse el otorgamiento de la pensión de jubilación a que hace referencia la Ley 71 de 1988, por cuanto la norma parcialmente demandada hace que las personas que hubiesen laborado el tiempo requerido para adquirir el derecho no pueden acceder al mismo en caso de que la entidad para la que trabajaron no hubiera realizado los aportes a una entidad de previsión social.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda arriba resumida, el Jefe del Ministerio Público considera que en el presente proceso corresponde determinar si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, la acreditación que deben hacer los empleados oficiales y los trabajadores de los aportes que hayan sufragado a las cajas de previsión para tener derecho a una pensión, al exigir al trabajador la cotización a fondos de previsión social como requisito para obtener la pensión de jubilación, resultan contrarios a:

(i) El derecho a la igualdad de las personas que cumplieron el tiempo laboral requerido para obtener la pensión pero que no tienen registrados los aportes que debía hacer el empleador público, en tanto que, según aduce el actor, las normas anteriores no exigían cotización sino tiempo de servicios prestados o porque el empleador público no cumplió con la obligación de hacerlos;

(ii) El derecho a la seguridad social por presuntamente despojar al adulto mayor de su derecho a pensionarse por las actuaciones omisivas del empleador público en relación con su obligación de hacer los aportes pensionales; y,

(iii) El principio de favorabilidad por supuestamente no garantizar el

otorgamiento de la pensión de jubilación a las personas que habiendo cumplido con el requisito del tiempo laborado, sus empleadores no hicieron los aportes pensionales pertinentes.

3. Consideración previa

Esta Jefatura considera que la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse sobre el fondo de la presente demanda en atención a la ineptitud sustancial de la misma, toda vez que ésta no satisface los presupuestos procesales mínimos, debido a la ausencia de certeza y pertinencia de las razones en las que se sustenta.

Para explicar lo anterior, sea pertinente recordar que las razones que sustentan, motivan o respaldan un cargo de inconstitucionalidad deben basarse en la certidumbre, la cual consiste en que la demanda debe recaer sobre proposiciones jurídicas reales y existentes en el contenido mismo de la norma acusada, verificables a partir de la interpretación o revisión del propio texto legal cuestionado, y no sobre proposiciones que deduzca el actor *motu proprio* a partir de su percepción o parecer muy personal o porque las considera implícitas, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, entre otras en la sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos:

> "*Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; "esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden*".

De igual manera, las razones que sustentan, motivan o respaldan un cargo de inconstitucionalidad deben basarse en la pertinencia, la cual consiste en que los reproches contra la norma demandada deben estar fundados en la vulneración del contenido de una norma superior y no utilizar la cita de tal norma o su contenido para para plantear puntos de vista subjetivos basados en apreciaciones fácticas particulares, tales como la indebida aplicación de la norma cuestionada o su incumplimiento por parte del operador jurídico, como también lo explicó esa Corporación en la sentencia citada, así:

> "*La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que "el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico"; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola "de inocua, innecesaria, o reiterativa" a partir de una valoración parcial de sus efectos*".

En el presente caso, esta Jefatura considera que el cargo de violación del derecho a la igualdad aducido carece de certeza porque, contrario a lo que afirma el actor, las normas anteriores a la Ley 71 de 1988 sí exigían cotizaciones o aportes pensionales a los trabajadores oficiales por los tiempos de servicios prestados —excepto los regímenes especiales de ese momento, que se regían por su propias normas—, como claramente se desprende del texto del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, según el cual:

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

Así mismo, la falta de certeza de este cargo se confirma cuando se constata que el artículo 12 del Decreto Ley 3135 de 1968 —régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales—,también establecía para éstos la obligación de cotizar en las cajas de previsión social a las cuales estuvieran afiliados tales empleados, en los siguientes términos:

> *"Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos*".

Esta misma obligación, además, se confirmó en el literal b) del artículo 94 del Decreto 1848 de 1969 —reglamentario del régimen de los empleados oficiales—, de la siguiente forma:

> *"Art. 94.- Deducciones permitidas. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:* […]
> *b) A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial*".

A su vez, la ausencia de pertinencia en relación con los cargos de violación al derecho a la igualdad, violación al derecho a la seguridad social de los adultos mayores y vulneración del principio de favorabilidad —los cuales tienen una misma fundamentación cual es el incumplimiento por parte del empleador público de sus obligaciones de hacer los aportes pensionales de los empleados oficiales, de acuerdo con lo ordenado por la ley al respecto —, es que el reproche que hace el demandante en realidad no está dirigido contra la norma demandada, con fundamento en algún mandato constitucional, sino contra el eventual incumplimiento de la Ley que el mismo acto indica en la demanda.

Ahora bien, si pese a lo antes planteado la Corte Constitucional decide

conocer de fondo acerca de la presente acción, a continuación esta Vista Fiscal presentará las consideraciones constitucionales que considera pertinentes.

4. Análisis constitucional

Para poder resolver los problemas jurídicos planteados ante todo es necesario entender qué fue lo que se reguló en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, así como cuál es la relación de esto con el ordenamiento constitucional vigente.

Desde el punto de vista estrictamente constitucional el Estado debe garantizar a todos los habitantes de Colombia el derecho irrenunciable a la seguridad social, lo que cubre el aspecto pensional, el cual, en tanto que derecho colectivo, se adquiere únicamente cuando ya se hayan cumplido los requisitos que establezca la Ley, como es el caso de la financiación que, a manera de contribuciones parafiscales, los trabajadores y los empleadores están obligados a hacer en aras de garantizar su sostenibilidad financiera, como claramente se dispone en los artículos 48, 53, 58 y 95 de la Carta Política.

El contexto constitucional aludido, por su parte, recoge la evolución normativa que venía dándose en materia de financiación pensional, especialmente en lo que corresponde a los aportes parafiscales para su viabilidad como derecho y sostenibilidad como fuente económica.

Hecha esta aclaración, se tiene que el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 parcialmente demandado, hace alusión a un régimen pensional especial, como también lo ratifica el artículo 279 de la Ley 100 de 1994, en donde se da una protección especial del trabajo por parte del Estado, proyectada al ámbito pensional como consecuencia de la garantía de las prestaciones sociales a los trabajadores derivadas de la relación laboral, régimen que

fue planteado como una solución construida sobre el principio de favorabilidad laboral, el cual persigue garantizar la vigencia de un orden justo en el tema pensional.

Según este régimen especial, los trabajadores, públicos y privados, a partir de la vigencia de dicha norma y hasta el 31 de marzo de 1994 (Ley 100 de 1993, artículo 151), tenían derecho a una pensión de jubilación si acreditaban 20 años de aportes a las cajas de previsión y al Instituto de los Seguros Sociales, así como haber 55 años de edad las mujeres, o 60 años de edad los hombres. Y su especialidad consistió en crear un sistema pensional de suma de aportes entre los tiempos servidos o laborados con entidades públicas, cotizados a las cajas de previsión de todo orden o las entidades que hiciesen la veces de cajas de previsión, y los tiempos laborados como trabajadores del sector privado que hubieren hecho sus cotizaciones al Instituto de Seguro Social, con lo cual se garantiza la vigencia de un orden justo en materia laboral y de seguridad social.

Así, se tiene que antes de que entrara en vigencia esta norma (v.gr. Ley 33 de 1995; Decreto 3135 de 1968), no se podían sumar los aportes pensionales de las personas que hubieren trabajado parte de su vida laboral con el Estado (cajas de previsión social) y parte de la misma con el sector privado, y que además hubieren cotizado al Instituto de Seguro Social, lo que conducía a la situación injusta de que, en muchas ocasiones, tales trabajadores no podían pensionar por cuanto les era imposible sumar los aportes pensionales hechos en el sector público con los efectuados en el sector privado.

Además de lo previamente expuesto, se debe tener en cuenta que antes de la vigencia de la Ley 71 de 1988 los empleados oficiales tenían la obligación de hacer los aportes a las correspondientes cajas de previsión, según se establecía en el Decreto ley 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985, como ya se demostró, lo cual esta Jefatura entiende que se ajusta

plenamente al ordenamiento constitucional vigente en materia de obligaciones parafiscales para contribuir a la financiación del sistema pensional con el fin de garantizar financieramente el derecho correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, dado que ya se estableció que, constitucionalmente, la garantía del régimen de seguridad social pensional como derecho económico y social se basa en la obligatoriedad de las contribuciones parafiscales, para resolver los tres problemas jurídicos planteados, el Jefe del Ministerio Público considera que los apartes normativos demandados se ajustan al orden constitucional toda vez que:

i) No vulneran el derecho a la igualdad de los trabajadores que hubieran cumplido el tiempo de servicios laborando con entidades públicas que, por su parte, no hubiesen cumplido con sus obligaciones de pagar los aportes a las correspondientes cajas de previsión, en tanto que éste sería un incumplimiento de las obligaciones que prescriben expresamente las normas pensionales para ser cumplidas en forma ineludible —entre ellas la misma Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1985 y el Decreto ley 3135 de 1968—, y no de un trato discriminatorio o de una omisión legislativa en la que se haya incurrido en la aprobación de dicha ley;

ii) Por las mismas razones antes expuestas, tampoco desconocen la garantía de la seguridad social que les asiste a las personas de la tercera edad; y por último,

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

Para finalizar, se debe señalara que lo planteado por el accionante alude

más a casos particulares de incumplimiento de las obligaciones de financiación pensional por parte de los empleadores, los que deben ser resueltos por la justicia competente para cada caso en concreto y no por la vía constitucional ordinaria.

Por lo tanto, de manera forma subsidiaria esta Jefatura le solicitará a la Corporación Judicial declarar ajustado al orden superior los apartes normativos demandados.

5. Conclusión.

En mérito de lo expuesto, el Jefe del Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declararse **INHIBIDA** para conocer de fondo acerca de la presente acción contra las expresiones "*de aportes*" y "*de previsión social que hagan sus veces*" contenidas en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, por inepta demanda ante la falta de presupuestos procesales; y, demanera subsidiaria, le solicita declararlas **EXEQUIBLES** por las razones aquí señaladas.

De los señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/JDContrerasB / YOrtiz