

Honorables Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL
 E. S. D.

D-11105
 OK

27 OCT 2015

hora 4:05 pm

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP, mayor de edad, ciudadano colombiano identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.876.005 expedida en Ovejas, en mi propio nombre y en ejercicio de mis derechos ciudadanos, me dirijo a ustedes con todo respeto a interponer demanda de inconstitucionalidad contra la norma legal que más adelante señalo.

I. NORMA ACUSADA

Acuso la parte subrayada del artículo 5o de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la ley 100 de 1993, cuyo tenor es el siguiente:

"La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

"El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

(...)

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión".

La acusación se dirige, tanto contra el segmento normativo que limita las cotizaciones a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como la parte que extiende tal limitación a los trabajadores del sector privado.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

El parágrafo 1º del artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, que dispuso:

"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".

El artículo 2º de la Carta Política que señala como fines esenciales del Estado, entre otros, la promoción de la prosperidad general.

El artículo 1º de la C. P. en cuanto preceptúa que la República de Colombia está fundada, entre otras cosas, en la solidaridad de las personas que la integran.

III. PRETENSIONES.

Pretendo que se declare contraria a la C. N. la norma demandada, por las razones que expondré seguidamente. Que esta declaración tenga efectos retroactivos a partir de 31 de julio de 2010.

IV. ARGUMENTOS.

Ninguna norma Constitucional ni antes ni después del Acto Legislativo No. 1 de 2005 autorizó o estableció limitaciones al monto de las cotizaciones que deben realizar los funcionarios públicos o los trabajadores particulares. De igual forma, nunca una norma del referido rango, con anterioridad al anotado acto legislativo, limitó el monto de las pensiones de los servidores oficiales. Todas esas decisiones normativas habían sido atribuidas al legislador, y las que en su momento este adoptó fueron legítimas y acordes con el texto superior o por lo menos no lo contrariaron de forma manifiesta por cuanto en esos precisos aspectos la C.P. nada había dispuesto antes del año 2005. Precisamente la norma legal acusada dispuso un límite al monto de las cotizaciones, aunque seguidamente autorizó al gobierno para que en los casos de personas que devengaran más de 25 SMLMV se aumentara la citada base hasta 45 de dichos salarios con el fin de garantizar pensiones hasta de 25 SMLMV. Cuando dicha norma fue expedida, no era evidente su contrariedad con el ordenamiento; por el contrario a juicio del suscrito armonizaba con el mismo, y sometida a examen constitucional esa norma fue declarada exequible de cara al marco Constitucional vigente en ese momento.

Sin embargo, por razones que no viene al caso evocar ahora, el Constituyente de 2005 decidió regular lo concerniente al monto

máximo de las pensiones, y por ello consagró la disposición que antes se transcribió al establecer que a partir del 31 de julio de 2010 ninguna pensión, con cargo a recursos públicos, podrá ser superior a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como aparece en el parágrafo 1 del artículo 1 de la citada norma. De la lectura del precepto en cuestión se advierte, en primer lugar, que la limitación que allí se establece está dirigida al monto de la pensión y no al monto de las cotizaciones; sobre este último aspecto nada dice la Carta Política, donde ninguna regulación se ha hecho al respecto; de manera que en relación con esta cuestión podría decirse que el legislador cuenta con un apreciable grado de autonomía y libertad de configuración, pero cuidándose de no vulnerar el orden Constitucional ni de impedir la realización efectiva y material del orden superior.

En efecto, al disponer la norma superior que ninguna pensión puede ser superior a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes no solamente estableció un tope sino que creo un derecho de devengar una pensión de hasta esa cuantía. De la lectura literal de la norma superior de marras se desprende sin lugar a dudas que en Colombia las personas pueden obtener pensiones de hasta 25 SMLMV con cargo a recursos de naturaleza pública, siempre que, desde luego, devenguen salarios o remuneraciones que permitan alcanzar ese monto de la mesada, como lo previó incluso la norma legal demandada en la parte que no es objeto de acusación y que se refiere a la posibilidad de que se aumente el monto de la cotización a aquellos afiliados que devenguen una remuneración superior, con el fin de que puedan alcanzar pensiones de hasta 25 SMLMV; norma que en cierta forma es precursora de la enmienda Constitucional a que se ha venido haciendo alusión, y guarda correspondencia con la misma. De suerte que debe hacerse énfasis en que a la luz de las disposiciones Constitucionales hoy día vigentes es permitido que los cotizantes al sistema general de

pensiones obtengan pensiones, con cargo a recursos públicos, de hasta 25 salarios mínimos legales mensuales; baremo que debe servir de pauta y linderos para las disposiciones legales que se ocupen de la materia, en el sentido de que estas no pueden obstaculizar ni frustrar ese propósito.

Estimo que desde el punto de vista gramatical la norma es diáfana y unívoca, y su redacción y términos permiten discernir sin dificultad su alcance y contenido, y si el derecho es en esencia – aunque no exclusivamente – lenguaje, no puede desecharse la interpretación lingüística que surja prima facie, so pretexto de consultar su espíritu, ni de realizar ponderaciones absolutamente innecesarias y superfluas; mucho menos cuando, como aquí sucede, la norma está inspirada en el propósito de garantizar el derecho subjetivo y fundamental de estirpe Constitucional a que ella se refiere, es decir obtener pensiones de hasta 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes; a lo que debe agregarse que tal disposición no contradice de manera palmaria y ostensible otros mandatos constitucionales y que la misma fue promulgada con posterioridad a la norma legal acusada.

En esas condiciones, ninguna duda queda de que cualquier regulación legal que impida o coarte ese mandato Constitucional, es contraria a la Carta Política y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico por desconocer la regla de supremacía de la Constitución consagrada en el artículo 4º de la C. P.

Es lo que sucede con la norma legal demandada, pues al limitar los aportes a pensiones a 25 salarios mínimos legales mensuales, está condenando a quienes devengan como servidores activos más de esa cantidad, a reducirla a la misma, y de esta forma terminar cotizando para una pensión muy inferior al citado guarismo, con lo que se está contradiciendo el mandato expreso del Constituyente.

Así lo digo porque de acuerdo con lo previsto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 *"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"*. Es decir, que las pensiones se liquidarán no con el salario devengado, como antaño sucedía, sino con el ingreso con que se hubiesen realizado los aportes. Y como este queda limitado por la norma legal acusada a 25 SMLMV es apenas obvio y elemental que ninguna pensión se va acercar al tope que permite la C. P. porque es sabido que la pensión se reconoce por un porcentaje del Ingreso Base de Liquidación, como lo prevé el artículo 10 de la ley 797 de 2003 al disponer que a partir de 2004 el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1º de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo

de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima (subraya el suscrito).

De acuerdo con tales disposiciones legales, el máximo de la pensión que podrá devengar un colombiano que en la actualidad devengue más de 25 SMLMV será del 65% o el 80% del IBL, es decir, no de sus ingresos como servidor activo, sino del equivalente a 25 SMLMV. Una simple operación muestra que la pensión en este caso será, en principio pues más adelante se hará unas precisiones al respecto, máximo de 20 SMLMV, que es el 80% del ingreso básico con que se hicieron las cotizaciones (25 SMLMV). Ello significa que de seguir vigente la norma demandada, el tope de las pensiones con cargo a recursos públicos no sería de 25 SMLMV, sino de 20 de dichos salarios. Y si ello es así significaría que el texto Constitucional resultaría redundante e inoficioso pues a partir de la vigencia de la Ley 797 y en particular al tope de las cotizaciones que esta norma dispuso, ninguna de las pensiones aludidas podrá superar los 20 SMLMV, y en tal sentido no tendría ningún efecto útil ni repercusiones de ninguna índole la norma Constitucional pues esta se estaría refiriendo a un supuesto de imposible realización en virtud de que ya la ley se encargó de regular el asunto y tal ley se encuentra vigente, a menos que se invoque frente a ella la excepción de inconstitucionalidad. Este es un escenario inconcebible pues en un Estado Constitucional como el nuestro no es de recibo que una norma superior resulte desplazada y superada por una disposición de carácter legal. Pero la paradoja a que acabo de referirme lo que hace es mostrar de manera más clara la inconstitucionalidad de la norma demandada, porque esta en el fondo se refiere y establece un tope de las pensiones (20

SMLMV), que es lo que surge de la normativa y del ejercicio que antes se ha hecho. Es de resaltar que el Constituyente sin lugar a dudas desechó tal límite al disponer que este podía ser de hasta 25 SMLMV. De este modo, la disparidad del texto legal con el Constitucional es manifiesta y evidente, porque de seguir vigente aquel, no podrán tenerse pensiones de 21, 22, 23 o 24 SMLMV, como lo permite la Constitución, dado que la fórmula de la Ley 797 permitiría a lo sumo, y eso en el mejor de los casos y haciendo gala de un optimismo desbordado, pensiones de máximo 20 SMLMV, por lo que se pregunta entonces ¿Qué pasa con el mandato del Constituyente de permitir pensiones de hasta 25 SMLMV?

Ahora bien, he hablado de unos topes máximos, pero es claro que como la ley contiene una fórmula decreciente para liquidar la pensión en relación con el nivel de ingresos de suerte que a mayor ingreso menor tasa de retorno, la situación se torna aún más dramática y el desconocimiento del precepto Constitucional resulta más evidente. En efecto, un servidor público que devengue hoy un salario de \$20.600.000, o 33.44 SMLMV (como es el caso de los magistrados de tribunales) y reúna el mínimo de semanas de aportes exigidas (1.300) y cotice, como en efecto está sucediendo por así disponerlo la Ley 797, con base en el máximo permitido (25 SMLMV) tendrá una pensión equivalente al 53% del IBL, es decir el equivalente a 13.25 SMLMV, que representa el 39% de sus ingresos como trabajador activo. Igual sucede con aquellos que registren una mayor densidad de cotizaciones pues en el mejor de los casos su mesada no podrá superar el 70.5% del IBL es decir el equivalente a 17.6 S.M.L.M.V., que representará un poco más del 50% de sus ingresos como servidor activo. Al develar lo anterior, surge un motivo más de inconstitucionalidad de la norma demandada, por cuanto su alcance quebranta el principio de proporcionalidad, ya que siendo la pensión un salario diferido, como ha tenido oportunidad de precisarlo esa Corporación, es apenas

lógico que debe existir cierta correspondencia entre el salario que se devengaba como trabajador activo y el que va a percibir como pensionado, pues si bien no puede mantenerse igual porque las normas universales de seguridad social hablan de una tasa de recuperación o de retorno, que varía según cada país, y que tiende a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, no resulta ajustado a la mínima noción de justicia un desplome tan abrupto de los ingresos de quienes pasan a engrosar las filas de los retirados del sector oficial, por cuanto van a pauperizarse significativamente, lo que además se traducirá en una menor movilidad laboral porque quienes se encuentren en esta situación no va a tener incentivos para retirarse, debido a la disminución palmaria de sus ingresos, y van a permanecer en el servicio oficial hasta la edad de retiro forzoso, mucho más ahora que se habla de una ampliación de esta, con la consiguiente desaparición o reducción de la renovación de la planta de servidores públicos.

Esos resultados desconocen uno de los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 2 de la C. P., pues antes que propiciar la prosperidad general, como allí se anuncia, promueve un empobrecimiento de quienes pasen a retiro luego de una vida laboral activa con salarios dignos, al disminuirles sus ingresos en unos porcentajes que significarían un menoscabo y detrimento notorios en su nivel de vida.

Debo aclarar que las referencias que he hecho a casos concretos no buscan mostrar la inconstitucionalidad de la norma demandada a partir de situaciones particulares, por cuanto dicha contrariedad surge de la sola confrontación de las dos disposiciones; la invocación de unos supuestos específicos sólo apuntan a reafirmar los resultados que se obtendrían de seguir vigente la norma acusada, máxime si se observa que para ese ejercicio se tuvo en cuenta lo que resultaría si se aplicaran las leyes vigentes.

No estoy objetando en ningún caso la existencia de un tope en las pensiones de los servidores oficiales, medida que me parece razonable y consecuente con los cánones de un orden justo. Tampoco pretendo calificar el límite establecido por el Constituyente, ni mucho menos señalar si el mismo resultó lesivo o generoso; al fin y al cabo se trató de su voluntad y debe ser acatada por todos; en consonancia con ello simplemente solicito que se cumpla esa voluntad por las autoridades y como quiera que la norma demandada es un escollo para ello, reclamo su expulsión del orden jurídico. Es cierto que uno de los principios que estableció el Acto Legislativo No. 1 de 2005 fue la sostenibilidad financiera del sistema y como quiera que el tope fue incorporado en esa misma norma, es elemental afirmar que para su establecimiento el Constituyente tuvo en cuenta el anotado criterio de sostenibilidad, de manera que permitir pensiones por hasta 25 SMLMV en modo alguno afecta dicho principio, sino que está en correspondencia con el mismo. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que manteniendo los aportes por el monto real de los salarios, se garantiza unos mayores ingresos tanto para el sistema como para los recursos de solidaridad pensional previstos tanto en la Constitución como en la ley, que la norma acusada se encarga de restringir.

En todo caso, la norma legal acusada es también inconstitucional porque hace extensivos a todos los trabajadores, particulares u oficiales, la limitación en el monto de las cotizaciones, cuando la norma Constitucional limita las pensiones solamente cuando se trate de recursos públicos, con lo que tácitamente excluye a los trabajadores particulares de tales limitaciones. Ahora bien, esta parte de las normas exige unas precisiones interpretativas. La norma Constitucional (Acto Legislativo No 1 de 2005) habla de que no podrán causarse

pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales con cargo a recursos de naturaleza pública. Qué quiere decir con ello? Esto es, cómo debe interpretarse el aparte subrayado, que es un elemento esencial del enunciado normativo?: que los afiliados a Colpensiones u otra entidad pensional no podrán devengar pensiones superiores a esa cuantía, trátese de funcionarios públicos o trabajadores particulares o independientes? O que está dirigido solamente a funcionarios oficiales, independientemente de si están afiliados a fondos públicos de pensiones, o fondos privados? Según la respuesta se presentan las siguientes hipótesis: 1) Empleado oficial afiliado a fondo de pensiones públicas o al régimen de prima media con prestación definida; 2) empleado oficial afiliado a administradora privada o régimen de ahorro individual; 3) empleado particular o independiente afiliado al régimen de prima media; y 4) empleado particular afiliado al régimen de ahorro individual. Estos supuestos admiten por lo menos un caso en que queda descartado la existencia de recursos públicos, lo que quiere decir que a la luz de la norma Constitucional estas personas quedan excluidas de la anotada limitación.

A su turno, la norma legal establece el límite de cotizaciones en 25 salarios mínimos legales "para trabajadores del sector público o privado". Nótese como esta disposición quedó yendo más allá del texto Constitucional al incluir dentro de la limitación de cotizaciones a los trabajadores particulares que, en algunos eventos, no tienen nada que ver con recursos de naturaleza pública. El texto Constitucional no habla de pensiones en general, sino solamente de aquellas con cargo a recursos públicos, al paso que la ley al limitar el monto de las cotizaciones limita de hecho el monto de las pensiones tanto a los trabajadores públicos como a los particulares, violando de forma diáfana el querer del Constituyente.

Finalmente quiero anotar que esa Corte en auto de 14 de enero del presente año dictado por el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Expediente D - 10557) consideró que una demanda presentada por el suscrito en los mismos términos de esta, estaba afectada por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional como quiera que ya la Corporación en la sentencia C - 1054 de 26 de octubre de 2004 se había pronunciado sobre la constitucionalidad del aparte demandado y por las mismas razones que en esa demanda se aducían; sin embargo desconoció esa providencia que la norma Constitucional que, de manera principal, se señaló como quebrantada en aquella oportunidad, y se retira ahora, es el artículo 1 del acto legislativo No 1 de 2005, expedido el 22 de julio de 2005 y publicado el 25 de julio de 2005, es decir mucho después de la aludida sentencia, de manera que resulta por lo menos desconcertante que se preconice la cosa juzgada frente a una acusación que se fundamentaba en una norma Constitucional posterior al pronunciamiento judicial, sin reparar que era jurídica y materialmente imposible que la Corte pudiera hacer un pronunciamiento frente a una norma inexistente en el momento en que este se hizo.

Quiero ser enfático en señalar que con la expedición del Acto Legislativo No 1 de 2005 cambió por completo el parámetro de comparación de la norma legal cuestionada, y por lo mismo en una acusación en que dicho Acto se toma como norma violada, resulta un contrasentido invocar una cosa juzgada con base en la sentencia C- 1054, pues en esta ninguna mención ni análisis se hizo del referido Acto por la simple y potísima razón de que no existía para la fecha del pronunciamiento judicial anterior, sin contar que la acusación que se hizo en aquella oportunidad y las consideraciones que la Corte hizo, distan de las que se invocan en esta demanda.

La Constitución Nacional nunca se había ocupado de forma expresa y explícita al tema del tope de las pensiones. De manera que cualquier regulación que la ley hiciera al respecto, o sobre el monto de las cotizaciones, no chocaba ni tenía por qué chocar con la Carta Política, como ya lo dije con anterioridad. Solamente en el Acto Legislativo No 1 de 2005 se introdujo una norma al respecto, cuyo contenido ya ha sido explicado a lo largo de esta demanda, y es palmario que esa regulación superior tuvo y debe tener efectos significativos en la interpretación y el contenido de la legislación preexistente. En términos sencillos y claros, considero que si bien antes de la existir del Acto Legislativo referido, la norma acusada no adolecía del estigma de inconstitucionalidad, el panorama cambió luego de su expedición, pues a partir de ese instante la norma legal devino en contraria al ordenamiento Constitucional, al reñir de manera evidente con las estipulaciones de este. Las razones que la Corte expuso en la sentencia C- 1054 son válidas frente a las normas existentes antes de 2005, pero pierden fuerza una vez se expidió el Acto Legislativo No 1, en especial con la incorporación del precepto en que de manera central fundo esta acusación.

Por último, es pertinente aclarar que si bien la parte final del artículo 5º de la Ley 797 de 2003 deja abierta la posibilidad de cotizaciones por un monto superior a 25 SMLMV, esa disposición quedó condicionada a lo que resolviera el Gobierno, que hasta la fecha no se ha pronunciado en ese sentido, de modo que esta parte de la norma que no es aplicable ni tiene eficacia normativa; la que sí está surtiendo todos sus efectos, y es la única disposición vigente sobre la materia, es el segmento acusado, como ya tuve ocasión de explicarlo de forma sucinta.

V. COMPETENCIA DE LA CORTE

Es competente la Corporación según el artículo 241 numeral 4º de la C.P. pues se trata de una acción de inconstitucionalidad contra el segmento de una ley por su contenido particular.

VI. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Av. Calle 24 No. 53 – 28 Torre A Oficina 316 de Bogotá. Dirección electrónica eduin.delarosa@hotmail.com.

De los señores magistrados,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

C.C. No. 18.876.005 de Ovejas.