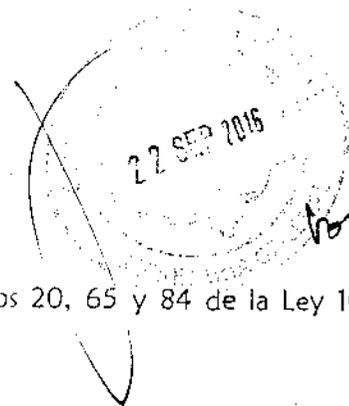


D-11715

OK

Honorables Magistrados (as)
Corte Constitucional
E. S. D.



Ref.: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993.

Respetados magistrados (as).

SERGIO FELIPE FERNÁNDEZ MESA, ciudadano en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, dirijo la presente demanda de inconstitucionalidad contra unas expresiones de los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993, el primero de estos reformado por la Ley 797 de 2003, que vulneran la Constitución al

(i) imponer barreras de acceso a la garantía de pensión mínima de vejez que impiden que los pensionados gocen de sus derechos a la vida digna, la seguridad social y al trabajo;

(ii) vulnerar los principios de solidaridad y universalidad que son pilares del sistema de seguridad social, puesto que imponen obligaciones exorbitantes a las personas que hacen parte del régimen de ahorro individual, sin una contraprestación segura que materialice el principio de solidaridad y evite que muchos trabajadores se queden sin acceso a una pensión; y

(iii) restringir el acceso a la garantía de pensión mínima únicamente a los "afiliados", impidiendo que los pensionados también gocen de dicha garantía cuando se han descapitalizado debido a que su ahorro no alcanzaba a financiar una mesada indexada.

Tabla de contenido

I.	Texto de las normas demandadas	3
II.	Normas constitucionales violadas.....	8
III.	Cuestión previa: No hay <i>cosa juzgada</i> según la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional puede pronunciarse respecto de los cargos elevados a pesar de que los artículos 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 ya fueron objeto de una sentencia de la Corte Constitucional	8
	A. La Sentencia C- 538 de 1996 representa cosa juzgada relativa frente al artículo 65 de la Ley 100 de 1993 10	
	B. La sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada aparente frente al artículo 84 de la Ley 100 de 1993 13	
	C. La Sentencia C-408 de 1994 no representa cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.....	15
IV.	Análisis de las normas: los preceptos demandados imponen obstáculos a los pensionados para acceder a la garantía de pensión mínima.....	17
V.	Análisis del problema a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del derecho a la pensión y la garantía de pensión mínima.....	24
VI.	Cargos contra el artículo 84 de la Ley 100 de 1993	27

- A. El Estado Colombiano tiene la obligación de respetar, proteger y asegurar el goce efectivo del derecho a la pensión..... 28
- B. El artículo 84 de la Ley 100 de 1993, desconoce el carácter individual del derecho a la pensión y establece barreras para acceder al derecho, o gozar de manera efectiva del mismo 30
- C. El carácter excepcional de la norma supone de manera errónea que la única persona que tiene la necesidad de acceder a la garantía de pensión mínima es el afiliado 35
- VII. Cargos contra el artículo 65..... 37
 - A. La norma demandada viola el derecho a la pensión del trabajador dentro del régimen de ahorro individual que necesita acceder a la garantía de pensión mínima, porque le impone la carga de financiar el FGPM con los recursos que ahorró durante toda su vida sin tener al final la posibilidad de acceder a esta garantía si se descapitaliza como consecuencia de riesgos ajenos a su voluntad..... 38
 - B. La cobertura de la norma que protege únicamente a los trabajadores "afiliados" y no a los trabajadores pensionados es manifiestamente inconstitucional porque impone una barrera de acceso insalvable a la garantía de pensión mínima a las personas que hacen parte del sistema 41
 - 1. La barrera que impone la norma desconoce los principios de solidaridad y universalidad 41
 - 2. La barrera impuesta por la norma traiciona la buena fe y la confianza legítima de los trabajadores que contribuyeron económicamente a lo largo de su vida laboral, con la expectativa de buena fe de que podrían acceder a la garantía ante la imposibilidad de financiar con su propio capital la mesada pensional..... 46
 - 3. La barrera impuesta por la norma transgrede el derecho al mínimo vital, creando situaciones de desprotección que impiden condiciones de vida digna..... 50
 - 4. La barrera que impone la norma impide el goce efectivo del derecho a la pensión del trabajador pensionado que por razones ajenas a su voluntad se ha descapitalizado..... 52
 - 5. La barrera que impone la norma clasifica de manera manifiestamente inconstitucional a los trabajadores con derecho a pensión en dos grupos: afiliados y pensionados, desconociendo que las personas que cobija la norma, son sujetos de especial protección constitucional..... 53
- VIII. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, además de imponerle la carga de financiar la GPM a las contribuyentes del RAIS, les aumentaron esta carga de manera significativa, prolongando de manera injustificada el tiempo que necesitan para acumular el capital para pensionarse 58
- IX. Petitorio..... 60
- X. Notificaciones..... 62

I. Texto de las normas demandadas

En la presente demanda son acusadas las siguientes normas en el aparte subrayado:

En primer lugar, se demandan las expresiones destacadas del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (Diario Oficial Número No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993) que fue modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 (Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003),

"Artículo 20. Ley 100 de 1993. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1° de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1° de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1° de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional [...]

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley. [...]"

Por otro lado, en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, cuya expresión demandada se encuentra destacada, dispone lo siguiente:

"Artículo 65. Ley 100 de 1993. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley."

Por último, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, cuyas expresiones demandadas se destacan:

"Artículo 84. Ley 100 de 1993. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima."

Importancia de las normas demandadas:

La Ley 100 de 1993 (Diario Oficial Número No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993) ha sido objeto de varias modificaciones. La Ley 797 de 2003 introdujo grandes cambios a los preceptos establecidos en la anterior ley.

Ahora bien, al ser de interés los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993, con sus respectivas modificaciones, es necesario destacar los preceptos demandados junto con las respectivas modificaciones las cuales han cambiado el contexto y sentido de las normas demandadas.

¹ El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, pero esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-797 de 2004 M.P. (Jaime Córdoba Triviño). En virtud de un vicio procedimental insubsanable, la Corte sostuvo que "En estas condiciones la comisión accidental integrada por Senadores y Representantes a la Cámara desbordó el límite constitucional que le fue impuesto por la Carta Política, puesta que a pesar de no existir discrepancia respecto del inciso tercero del artículo 14 aprobado por las plenarias, ésta excediendo su competencia suprimió parte de ese texto normativo, na estando habilitada para ello, afectando con dicha determinación la norma en su integridad, puesta que fue todo el artículo demandada el que fue objeto de análisis por dicha comisión." (Destacado fuera del texto)

El cambio más importante consiste en que se han creado cargas de contribución mensual para financiar la garantía de pensión mínima (en adelante "GPM") que recaerá sobre las personas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante "RAIS").

El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no establecía este deber general de financiar con un porcentaje de las cotizaciones en el régimen de capitalización la GPM. Esta norma decía originalmente lo siguiente:

"ARTÍCULO 20. Texto original Ley 100 de 1993. La tasa de cotización para la pensión de vejez, será del 8% en 1994, 9% en 1995 y del 10% a partir de 1996, calculado sobre el ingreso base y se abonarán en las cuentas de ahorro pensional en el caso de los fondos de pensiones. En el caso del ISS, dichos porcentajes se utilizarán para el pago de pensiones de vejez y capitalización de reservas, mediante la constitución de un patrimonio autónomo destinado exclusivamente a dichos efectos.

Para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes y los gastos de administración del sistema, incluida la prima del reaseguro con el fondo de garantías, la tasa será, tanto en el ISS como en los fondos de pensiones, del 3.5%.

Sin embargo, en la medida en que los costos de administración y las primas de los seguros se disminuyan, dichas reducciones deberán abonarse como un mayor valor en las cuentas de ahorro de los trabajadores o de las reservas en el ISS, según el caso.

La cotización total será el equivalente a la suma del porcentaje de cotización para pensión de vejez y la tasa de que trata el inciso anterior.

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores, el 25% restante.

Para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes de los actuales y futuros afiliados al ISS, se podrá trasladar de las reservas de pensión de vejez a las de invalidez y sobrevivientes un monto equivalente al que se obtendría por el bono de reconocimiento de conformidad con esta ley.

El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de las cuentas separadas en el Instituto de Seguros Sociales, de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines distintos.

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un punto porcentual (1%) sobre su base de cotización, destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, previsto por los artículos 25 y siguientes de la presente ley.

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al Fondo de Solidaridad Pensional, el punto porcentual adicional a que se refiere el inciso anterior, dentro de los plazos que señale el Gobierno Nacional." (Destacado fuera del texto)

Como se puede apreciar, en 1993 los trabajadores afiliados al RAIS no tenían la obligación de financiar la garantía de pensión mínima. Esta era una responsabilidad del Estado, como garante de las pensiones en el nuevo sistema.

El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

La reforma introdujo cargas especialmente elevadas para las personas de ingresos bajos o medios que hacen parte del RAIS.

Primero, incrementó el porcentaje de aportes para financiar las pensiones al establecer un incremento paulatino, tomando como punto de partida el 13.5% en el 2003, hasta alcanzar el 16% que existe hoy en día.² Segundo, disminuyó el porcentaje destinado a la cuenta de ahorro individual del aporte total que realiza el trabajador afiliado al RAIS: del 16% que es el total del aporte, ingresa solamente el 11.5% a la cuenta de ahorro individual. Tercero, mantuvo la contribución obligatoria de 1% para el Fondo de Solidaridad para quienes devenguen más de 4 smlmv. Cuarto, redujo un 0.5% del porcentaje correspondiente a financiar la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Por último, y esto es lo más relevante para efectos de esta demanda, creó una contribución *obligatoria para todos los afiliados al RAIS*, inicialmente de 0.5%, para crear el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (en adelante GPM). Esta contribución incrementó anualmente hasta alcanzar el 1.5% actual; se trató de una nueva carga para los afiliados, que era exclusivamente estatal bajo la legislación de 1993, puesto que el Estado estaba en la obligación de completar el capital que le hiciera falta a la persona para asegurar que devengara una mesada de un salario mínimo.

De este modo se crearon obligaciones para los afiliados del RAIS que tornaron aún más gravosos los obstáculos que imponen las demás normas demandas (artículos 65 y 84).

En efecto, diez años después, cuando millones de trabajadores ya habían optado por afiliarse a alguno de los dos regímenes, la Ley 797 de 2003 introdujo un cambio fundamental en las reglas de juego: creó dos obligaciones en cabeza de todos los trabajadores afiliados al RAIS. Primero, creó una carga para todos los afiliados al RAIS, que afectó inclusive a los que devengarán menos de 4 smlmv. Segundo, estableció una doble carga a quienes devengarán 4 smlmv o más: contribuir al Fondo de Solidaridad y contribuir a la GPM. Además, como se anunció anteriormente, la reforma en 2003 permitió que el incremento en la cotización de esta contribución fuera aumentando, inclusive por decisión del gobierno hasta el año 2008.

Es importante aclarar que los recursos de la GPM sólo empiezan a usarse una vez los recursos propios de la cuenta de cada pensionado se han agotado. Cada año, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (en adelante 'AFP') deben enviarle a la Oficina de Fondos Pensionales del Ministerio de Hacienda, el cálculo del monto anual de las mesadas que pagará con cargo a la GPM. Si la persona muere y no hay más beneficiarios, y si hay saldos no pagados, la Administradora de Fondos debe devolver esas sumas para nutrir los recursos destinados a financiar la GPM. Este ejercicio se debe hacer año a año, hasta que no haya más beneficiarios.

Así, la carga impuesta por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 después de haber sido modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, no solo afecta de manera grave a aquellos afiliados que

² Asofondos, "Pensiones Obligatorias, ¿cómo se financian las pensiones obligatorias?", disponible en: <http://www.asofondos.org.co/pensiones-obligatorias>

devengan menos de 4 smlmv, que deben soportar una nueva carga. Además, impacta a aquellos que devengan más de este valor porque deben contribuir doblemente a la solidaridad: a la GPM y al Fondo de Solidaridad. Situación que se torna especialmente gravosa para las personas que tienen empleos poco estables, que por lo mismo, hacen aportes para pensiones de manera irregular a lo largo de su vida laboral, con lo cual solo alcanzan a ahorrar un capital pequeño que, como se explicará más adelante, por razones ajenas a su voluntad, no les permitirá financiar siquiera una pensión mínima.

Es decir, a partir de las condiciones impuestas por el legislador, los afiliados están obligados a cumplir con la solidaridad del sistema, pero cuando necesitan de esta, las normas demandadas no le permiten acceder a la misma, impidiendo la protección efectiva de sus derechos. Por tanto, las modificaciones que introdujo el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además de hacer más gravosa la situación para los afiliados al RAIS, impuso cargas irrazonables sin la posibilidad de acceder a la garantía en caso de requerirla.

Este cambio en las reglas de juego, le otorga un significado diferente no solo a lo establecido por el artículo 20, sino también a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, ya que en el régimen de capitalización esta modificación tuvo un efecto sobre la posibilidad de los trabajadores de menores ingresos de alcanzar a ahorrar el capital necesario para acceder a una pensión. Cada mes, a partir del año 2004, un porcentaje de la cotización deja de ser acreditada en la cuenta individual del trabajador, para pasar a ser aportado a la Garantía de Pensión Mínima. Su ahorro individual es entonces menor al que hubiera alcanzado de no existir esta nueva obligación, y esta nueva obligación se ha justificado en la promesa de que la GPM le brindará al afiliado la solidaridad necesaria en caso de necesitarla.

Una de las posibles consecuencias de esta carga, es que los menores recursos en la cuenta de ahorro individual, conllevan a que sea más difícil acumular el capital necesario para financiar su propia pensión. Es decir, como el ahorro individual es menor, también será menor el ahorro que tendrá en su cuenta, una vez haya cumplido los requisitos de tiempo y semanas laboradas establecidos en la ley.

La contraprestación para el trabajador que ha contribuido a esa GPM, es que una vez cumplidos los requisitos de tiempo y semanas laboradas, si no está en la capacidad de financiar una pensión mínima, podrá acceder a la GPM. Sin embargo, a pesar de que la GPM cuenta con recursos suficientes, como consecuencia de haberle sido impuesta una obligación de aportar mensualmente el 1.5% de su cotización a todos los afiliados del RAIS,³ las condiciones para acceder a la misma son tan excluyentes que sólo un número muy reducido de afiliados tienen derecho a dicha garantía⁴ razón por la cual la modificación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, alteró de manera sustancial el alcance del artículo 65, respecto de su interpretación original.

³ Según Información de la Superintendencia Financiera, a junio de 2016, esa GPM cuenta con \$14.4 billones de pesos, invertidos en el fondo moderado.

⁴ Hasta diciembre de 2015, 5.953 personas habían solicitado acceso a la GPM, pero sólo 1.538 pensionados del RAIS fueron autorizados por la OBP para acceder a la GPM, y cuando los recursos de sus cuentas de ahorro individual (CAI) se agoten, empezarán a percibir su mesada con cargo a los recursos de la GPM.

II. Normas constitucionales violadas

Las disposiciones parcialmente acusadas violan las siguientes normas constitucionales, artículo 1, artículo 13, artículo 25, artículo 46, artículo 48 y artículo 53.

III. Cuestión previa: No hay *cosa juzgada* según la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional puede pronunciarse respecto de los cargos elevados a pesar de que los artículos 65 y 84 de la Ley 100 de 1993 ya fueron objeto de una sentencia de la Corte Constitucional

Antes de que fuera aprobada la Ley 797 de 2003, en la Sentencia C-538 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de decidir sobre la constitucionalidad de los artículos, 65, 63 y 84 de la Ley 100 de 1993. En la demanda el actor solicitó declarar la inconstitucionalidad de las mencionadas normas y argumentó que estas iban en contra del principio de igualdad, toda vez que *“los arts. 65, 83 y 84 de la Ley 100 de 1993, si bien consagran la garantía estatal de pensión mínima de vejez en el régimen de ahorro individual, lo hace de una manera abiertamente desigual respecto de la forma como se consagra la misma garantía en el régimen de prima media”*.⁵ El actor afirmó que las exigencias de una mayor edad, un mayor número de cotizaciones, y también la eliminación de la misma garantía en el RAIS cuando el pensionado percibe otras pensiones, rentas o remuneraciones, lo que no ocurre para la misma garantía en el régimen de prima media (en adelante RPM) representan *per se* una desigualdad manifiesta.

De este modo, el demandante solicitó la inexecutable de los artículos 65 y 83 de la Ley 100 de 1993, o a la executable condicionada de los mismos bajo el entendido que, *“en ningún caso, la garantía estatal de pensión mínima en el régimen de ahorro individual en el sistema general de pensiones sea inferior a lo que con igual finalidad axiológica establece el art. 138 de la misma Ley 100 para el régimen de prima media con prestación definida; régimen ese también consagrado dentro del sistema de pensiones”*.

Por su parte, la solicitud de inexecutable del artículo 84 de la Ley 100 de 1993 la fundamentó en que el impedimento que establece la norma para la obtención de la garantía estatal de pensión mínima de vejez de los afiliados al RAIS, es una condición no contemplada para la misma garantía de los afiliados al RPM. En aras de la igualdad, el beneficio de orden pensional para quien se afilie al sistema de pensiones configura un derecho independiente de otras pensiones, rentas o remuneraciones recibidas por el afiliado o los beneficiarios, con causa diferente, y por tanto las limitaciones establecidas en el artículo 84 generan un trato desigual contrario a la Constitución.

Al encontrarnos frente a una sentencia pre-existente en la medida en que dos de las normas que aquí se demandan hacen parte de la declaración de executable por parte de la Corte Constitucional en la referida sentencia, es oportuno entonces analizar las razones por las que los argumentos que expuso la Corte en aquella ocasión no representan *cosa juzgada* absoluta respecto de las normas que aquí se demandan. Para tal fin, se resumirá de manera preliminar la

⁵ Sentencia C-538 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la *cosa juzgada*, y posteriormente se abordarán cada uno de los artículos para demostrar que no hay cosa juzgada.

En primer lugar, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional⁶ ha definido la cosa juzgada constitucional como *"el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional"*, es decir que esta tiene lugar cuando ha habido un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de determinado precepto legal, y por tanto no es posible para la Corte volver a ocuparse del tema.⁷ Sin embargo, teniendo en cuenta que la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa, existe la posibilidad de pronunciarse sobre la norma demandada cuando la cosa juzgada haya comprendido exclusivamente cargos no planteados en la nueva demanda.⁸ Es necesario tener en cuenta que la cosa juzgada es absoluta, *"cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional"*⁹. Mientras que es relativa, *"cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un 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"*¹⁰ (Destacado fuera del texto).

Ahora bien, la jurisprudencia ha sostenido que no es necesario que la cosa juzgada relativa sea explícita. Puede ser implícita porque en la parte motiva la sentencia se limitó a juzgar la norma acusada tan solo comparándola con ciertos artículos de la Constitución en razón de los cargos que le fueron presentados.

La Corte ha sostenido que hay lugar a la cosa juzgada relativa cuando se compruebe que *"la nueva controversia versa sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada y que los cargos planteados sean idénticos a los propuestos en la ocasión anterior."*¹¹ (Destacado fuera del texto). Se tratará de cosa juzgada relativa explícita cuando en la parte resolutive de la sentencia se establece expresamente que el pronunciamiento de la Corte se limita a los cargos analizados. Será por el contrario implícita cuando, pese a no hacerse tal referencia en la parte resolutive, de las consideraciones de la sentencia se puede desprender que la Corte limitó su juicio a determinados cargos.¹²

A esto se suma que la cosa juzgada puede ser real o aparente. Respecto de esta última situación, en la sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) explicó la Corte: *"que la cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos "...la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de*

⁶ Ver sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), sentencia C-061 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), sentencia C-079 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)
⁷ Sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto).
⁸ Sentencia C-079 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
⁹ Sentencia C 332 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).
¹⁰ Sentencia C-310 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
¹¹ Sentencia C-542 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
¹² Sentencia C-228 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto).
¹³ Sentencia C-600 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

lo acusado...” (...), tiene como consecuencia que la decisión pierda, “...la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido...” (Destacado fuera del texto). Es decir, que bajo este supuesto es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder “a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.”¹⁴

Pero además, la Corte ha determinado otro tipo de situaciones en los que la constitucionalidad de una norma puede ser revisada a pesar de ya haber habido una decisión de la misma por parte del alto tribunal. En la reciente sentencia C-007 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), la Corte Constitucional afirmó que además de la cosa juzgada aparente, existen seis tipos diferentes de sentencias, a decir “*cosa juzgada formal (1) absoluta, (2) relativa explícita y (3) relativa implícita, de una parte, y providencias que hacen tránsito a cosa juzgada material (4) absoluta, (5) relativa explícita y (6) relativa implícita. Ellas son el resultado de la forma en que se relacionan en cada caso el objeto de control y los cargos de inconstitucionalidad.*”¹⁵

Las anteriores caracterizaciones son de especial interés, puesto que como se demostrará a continuación, (A) la sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada relativa frente al artículo 65 de la Ley 100 de 1993; (B) la sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada aparente frente al artículo 84 de la Ley 100 de 1993; y (C) no hay cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

A. La Sentencia C- 538 de 1996 representa cosa juzgada relativa frente al artículo 65 de la Ley 100 de 1993

Al evaluar lo determinado respecto del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia C-538 de 1996, la Corte Constitucional sostuvo que las notables diferencias entre el sistema de RPM y el RAIS respecto al tratamiento de la pensión mínima, “obedece a la consideración de situaciones fácticas y jurídicas diferentes, evaluadas por el legislador dentro de la libertad que le corresponde para configurar la norma jurídica no constituye una discriminación prohibida por el art. 13, porque no puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro: no se impone en consecuencia, un solo régimen.”¹⁶ (Destacado fuera del texto)

Es evidente que el juicio de la Corte se basó en dos principios constitucionales específicos: la prohibición de discriminación establecida en el artículo 13 y la libertad de configuración del legislador para crear dos regímenes pensionales diferentes.

Con relación a la prohibición de discriminación, la Corte afirmó que “*No hay desconocimiento del derecho a la igualdad, pues la garantía de pensión mínima otorga un trato diferente a*

¹⁴ Sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

¹⁵ Sentencia C-007 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo)

¹⁶ Sentencia C-538 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

situaciones distintas, basada 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."

Así, la Corte argumentó que la libertad de elección que tiene el afiliado al decidir cuál sistema le conviene más, le permite hacer un juicio de valor en el que analiza las ventajas y desventajas de cada sistema, para escoger aquel que mejor satisfaga sus necesidades. Por tanto, la desigualdad según la Alta Corporación no existe frente a dichas normas, ya que habría lugar a discriminación solo en el evento en que *"bajo un mismo sistema se diera a los afiliados con respecto a la pensión mínima un trato diferente, sin justificación razonable alguna."*

De lo anterior se derivan tres conclusiones básicas respecto de lo que fue juzgado en el fallo de 1996.

Primero, la Corte no emitió juicio alguno sobre la compatibilidad del artículo 65 con los derechos constitucionales en que se fundamenta la presente demanda. En efecto, la actual demanda justifica la inconstitucionalidad del mencionado artículo en dos argumentos principales.

Por un lado, porque la norma demandada viola el derecho a la pensión de la persona del RAIS que necesita acceder a una pensión mínima porque le impone la carga de financiar la GPM con los recursos que ahorró durante toda su vida sin tener al final la posibilidad de acceder a esta garantía. Esto a su turno desconoce otros derechos que no fueron objeto de juzgamiento en la sentencia de 1996, tales como el derecho a una vida digna, el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, el derecho al mínimo vital, el derecho a la protección especial de las personas de la tercera edad, y el derecho a la igualdad de oportunidades tanto a los afiliados como a los pensionados en el RAIS.

Por otro lado, porque el artículo 65 únicamente reconoce la protección de la GPM a los "afiliados" y no a los pensionados en general, lo cual impone una barrera de acceso a las personas que hacen parte del sistema.

Segundo, en 1996 la Corte emitió un juicio general sobre las diferencias entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos para acceder a la GPM. La Corte hizo una comparación entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual. Por eso concluyó que "no se impone en consecuencia un solo régimen". En cambio, la presente demanda recae sobre la exclusión de los pensionados del RAIS de la posibilidad de acceder a la GPM, ya que según el texto demandado sólo el afiliado puede acceder a esta. El objeto de la demanda es una exclusión específica que establece la norma demandada; en ningún evento se pretende atacar la diferencia entre las reglas y obligaciones establecidas en cada uno de los regímenes.

Tercero, la sentencia en 1996 no juzgó si el legislador puede darle una protección diferente a los afiliados y a los pensionados respecto del acceso a la GPM. Aun a la luz del principio de igualdad, esta cuestión fundamental no ha sido abordada ni mucho menos juzgada.

En este sentido, como se analizará en la Sección VIII de la presente demanda, la desigualdad que se pone en evidencia y que se pide terminar en esta ocasión recae sobre la desigualdad de oportunidades y de protección de los pensionados frente a los afiliados.

Es oportuno anotar, como lo ha afirmado la Corte en diferentes fallos respecto de la *cosa juzgada* en materia de igualdad, que es posible que haya cargos sustancialmente diferentes con base en el artículo 13, razón por la cual resolver sobre uno de los cargos no implica resolver sobre todos.¹⁷ En la sentencia C-1146 de 2004 (M.P. Humberto Sierra Porto) la Corte sostuvo que:

"[...] el hecho que la Corte declare exequible una disposición por no haber violado la igualdad en determinado aspecto, no excluye que esa misma norma pueda desconocer la igualdad en relación con otro aspecto, por cuanto los análisis de igualdad se hacen siempre desde cierta perspectiva, debido al carácter relacional de este derecho. Y es que "las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista [...]

Todo análisis de igualdad juzga entonces la relevancia de ese criterio de comparación, por lo cual una norma podría no ser discriminatoria por un aspecto pero serlo por otro; por ejemplo, un artículo podría no desconocer la igualdad por razones de género, pero ser discriminatorio por razones de raza. Por consiguiente, si una sentencia declara exequible una disposición, pero limita la cosa juzgada a un determinado cargo de igualdad, es claro que esa decisión no impide analizar otros cargos de igualdad distintos formulados contra esa misma disposición." (Destacado fuera del texto)

Así, en la presente demanda la perspectiva que se presenta del principio de igualdad es sustancialmente diferente a la presentada por el actor en 1996, en la medida en que en esta ocasión la desigualdad no se predica de la diferenciación de requisitos entre uno y otro régimen pensional, sino que surge a partir de la diferenciación que establece el artículo 65 específicamente al limitar la protección de GPM únicamente a los afiliados al RAIS, lo que excluye por completo a los pensionados del mismo régimen. Esta exclusión absoluta constituye una desigualdad de oportunidades para acceder a dicha garantía, puesto que el pensionado no tiene bajo ninguna circunstancia, aun la más urgente y grave, la oportunidad de acceder a la garantía. Además, representa una diferencia manifiesta en la protección otorgada al pensionado, puesto que en el evento de quedar descapitalizado por razones ajenas a su voluntad, tales como la indexación de la mesada con el salario mínimo y extra-longevidad, deja de recibir la mesada y queda entonces expuesto a su propia suerte, precisamente cuando por su avanzada edad su vulnerabilidad es mayor y la posibilidad de reingresar al mercado laboral es inexistente.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia no expresó que su pronunciamiento se limitaba a los cargos analizados. Sin embargo, al evaluar la sentencia, de manera implícita¹⁸ en las consideraciones y frente a los artículos demandados, la Corte limitó su juicio a los cargos presentados por el actor, v.gr. la violación de la prohibición de discriminación por desigualdad de trato general entre afiliados a los dos regímenes. En este sentido, sí es posible

¹⁷ Sentencia C-748 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

¹⁸ Sentencia C-600 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

que la Corte se pronuncie nuevamente sobre el artículo 65, toda vez que los cargos que se presentan en esta demanda, son completamente diferentes a aquellos alegados, analizados y juzgados en la sentencia C-538 de 1996 como se demuestra en las Secciones IV y VI.

En relación con lo anterior, es preciso aclarar que la parte final de la citada sentencia podría dar lugar a una malinterpretación que conlleve a afirmar que se trata de una *cosa juzgada absoluta*, en la medida en que se dijo que *“Por lo anterior, y por no ser violatorias de las normas invocadas ni de ningún otro precepto de la Constitución, se declararán exequibles las normas demandadas.”*

No obstante, a pesar que esta frase en principio podría dar a entender que hay *cosa juzgada absoluta*, ya que sostiene que la norma no es violatoria de ningún otro precepto de la Constitución, dicha frase no puede ser interpretada aisladamente, sino por el contrario debe evaluarse de manera sistemática con la totalidad de lo efectivamente analizado y decidido en la sentencia.

La frase solo hace manifiesta la *cosa juzgada* aparente respecto de todas las demás normas constitucionales diferentes a la prohibición de discriminación. En las sentencias en donde no ha habido una evaluación concreta sobre la constitucionalidad del artículo y sin embargo se resuelve sobre el mismo, la Corte ha manifestado que estas afirmaciones generales sobre ausencia de violación de *ningún otro precepto de la Constitución*, tan solo reflejan un juicio aparente.

Por ejemplo en la sentencia C-1032 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) al evaluar la constitucionalidad de ciertos artículos de los decretos 1212 de 1990, 122 del Decreto 1213 de 1990 y 122 del Decreto 1214 de 1990, a pesar de existir una sentencia previa de exequibilidad de estas normas, la Corte sostuvo que

“Es pertinente precisar que la simple afirmación que se hace en el numeral 4 de la Providencia aludida según la cual ‘las normas acusadas no violan los preceptos invocados por la demandante ni ningún otro precepto de la Constitución’, sin que en la Sentencia se hayan expresado argumentos diferentes a los ya señalados, configura una cosa juzgada constitucional meramente aparente, frente a cargos distintos al que fuera efectivamente estudiado en esa ocasión por la Corte. Lo que no impide en consecuencia que la Corporación se pronuncie sobre el cargo planteado por el actor en el presente proceso [...]”
(Destacado fuera del texto)

En esta medida, al revisar lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible afirmar que la sentencia C- 538 de 1996, se limitó a evaluar las normas a la luz de los cargos mencionados por el actor, y no hay evidencia que permita demostrar que hubo juicio a la luz de los cargos presentados en la presente demanda ni mucho menos a partir de toda la Constitución. Por tanto, la generalidad de la afirmación, no puede impedir que la Corte se pronuncie en el presente caso sobre cargos diferentes a los juzgados en la citada sentencia.

B. La sentencia C-538 de 1996 representa cosa juzgada aparente frente al artículo 84 de la Ley 100 de 1993

Con respecto al artículo 84 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional se limitó a analizar la constitucionalidad del mismo respecto de la inexistencia de discriminación frente a la excepción

de la garantía que únicamente se establece para el RPM. El alto tribunal no realizó una evaluación de la norma que pudiera justificar su constitucionalidad, sino que se limitó a remitirse a los argumentos de exequibilidad presentados para el artículo 65, en la medida en que los cargos presentados por el accionante tenían su fundamento en el trato discriminatorio entre afiliados de los dos regímenes de manera general; específicamente respecto del artículo 84 alegó el accionante *"que la norma establece para la garantía estatal de pensión mínima de vejez de los afiliados al régimen de ahorro individual, una condición no contemplada para la misma garantía de los afiliados al régimen de prima media, la cual carece de justificación, pues el beneficio de orden pensional para quien se afilie al sistema de pensiones configura un derecho independiente de otras pensiones, rentas o remuneraciones recibidas por el afiliado o los beneficiarios, con causa diferente."* (Destacado fuera del texto)

En este sentido, el análisis que realizó la Corte respecto del artículo 84 de la Ley 100, se limitó al posible tratamiento discriminatorio que podría derivarse de la aplicación de la norma. Sin embargo, usando los mismos argumentos que justificaban las diferencias del régimen para el artículo 65, afirmó que no había un trato discriminatorio. Al respecto la Corte sostuvo que

"Es evidente, según quedó explicado antes, que el legislador reguló un sistema especial de pensiones, esto es, el de prima media con prestación definida, que era el que tradicionalmente venía operando bajo la administración del Instituto de Seguros Sociales. No optó en consecuencia, por la propuesta inicial del Gobierno en el sentido de que se dejara exclusivamente a las sociedades administradoras de fondos de pensiones, privados u oficiales y del sector solidario, de manejar un único sistema pensional, es decir, el de ahorro individual. En tal virtud, el legislador previó un sistema dual que le permite al afiliado optar libremente por cualquier sistema y para trasladarse de uno a otro." (Destacado fuera del texto)

De este modo, al igual que como lo hizo para el artículo 65, expuso de manera muy breve la dualidad del sistema en materia de pensiones y argumentó que la facultad que tienen los afiliados de elegir libremente el régimen del cual quieren ser parte es la respuesta a situaciones fácticas y jurídicas diferentes que justifican la diferenciación de requisitos y características de ambos regímenes.

Adicionalmente, la Corte Constitucional agregó que el legislador tiene una amplia potestad para desarrollar el artículo 48 de la Constitución, y que a partir del mismo creó un sistema dual, el cual *"comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, porque de este modo se iría en contra de la voluntad del legislador, fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores más representativos de la comunidad, en el sentido de consagrar la dualidad de regímenes y que la participación de los particulares en la prestación de seguridad social no excluyera al Instituto de Seguros Sociales."*¹⁹ (Destacado fuera del texto)

¹⁹ Sentencia C-538 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

A partir de las afirmaciones se derivan dos conclusiones.

Por un lado, la Corte no emitió juicio alguno sobre la compatibilidad del artículo 84 con los derechos constitucionales en que se fundamenta la presente demanda. En efecto, la actual demanda justifica la inconstitucionalidad del mencionado artículo en tres argumentos. Primero, el artículo 84 transgrede la obligación que tiene el Estado Colombiano de respetar, proteger y asegurar el goce efectivo del derecho a la pensión. Segundo, la norma demandada desconoce el carácter individual del derecho a la pensión y establece barreras para acceder al derecho, o gozar de manera efectiva del mismo. Tercero, el carácter excepcional de la norma supone de manera errónea que la única persona que tiene la necesidad de acceder a la GPM es el afiliado.

Por otro lado, la sentencia en 1996 no juzgó el artículo 84 a la luz del carácter subjetivo del derecho constitucional a la pensión, el cual se ve transgredido por la norma en la medida en que la exclusión de las personas que puedan acceder a la GPM no depende únicamente de los ingresos y condiciones propias del afiliado, sino que incorpora las pensiones, rentas y remuneraciones de sus "beneficiarios". Así, limita el derecho subjetivo a la pensión, específicamente el acceso a la GPM de las personas que ya han cumplido los requisitos de tiempo y edad, e impide el goce pleno de sus derechos. Aun a la luz del principio de igualdad, esta cuestión fundamental no ha sido abordada ni mucho menos juzgada.

De este modo, trayendo a colación los argumentos expuestos en la sección anterior respecto de la *cosa juzgada* aparente, es posible afirmar que respecto del artículo 84 de la Ley 100 de 1993 hubo una *cosa juzgada aparente*, toda vez que "a pesar de adoptar una decisión en la parte resolutive de sus providencias declarando la exequibilidad de una norma, en realidad no ejerce función jurisdiccional alguna y, por ello, la cosa juzgada es ficticia. En estos casos, la declaración no encuentra apoyo alguno en las consideraciones de la Corte y, en esa medida, no puede hablarse de juzgamiento"²⁰. Motivo por el cual esta Corte tiene competencia para pronunciarse nuevamente sobre la constitucionalidad de esta norma.

En el evento de que la Corte estime que no hay cosa juzgada aparente respecto del artículo 84, entonces en realidad la cosa juzgada fue relativa al mismo cargo genérico sobre trato diferente entre afiliados a los dos regímenes analizado respecto del artículo 65, por las razones expuestas anteriormente. En cualquiera de los dos eventos, el artículo 84 no ha sido juzgado a la luz de los derechos constitucionales que le sirven de fundamento a los cargos elevados en la presente demanda.

C. La Sentencia C-408 de 1994 no representa cosa juzgada respecto del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003

Si bien la Corte Constitucional en la sentencia C-408 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz) tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es necesario aclarar que los preceptos que se demandan en esta ocasión no existían para el momento en que se declaró la exequibilidad del artículo.

²⁰ Sentencia C-007 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

Como se mencionó anteriormente, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 fue modificado sustancialmente por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, lo que generó cargas significativas sobre los afiliados del RAIS, v.gr. la carga de financiar el FGPM y, la obligación de que el porcentaje de dicha contribución obligatoria aumentara anualmente, lo cual prolonga de este modo el tiempo de trabajo que las personas de este régimen necesitan para acumular el capital necesario pensionarse.

Lo anterior es sustancialmente relevante en la medida en que como se anotó, esta modificación generó un impacto significativo sobre el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 al imponerle al afiliado la carga de financiar el FGPM, pues con ello el ingreso mensual a su cuenta de ahorro individual es menor, prolongándose así el tiempo necesario para acumular el capital requerido para pensionarse, lo que le da un alcance diferente a los requisitos exigidos por la norma demandada.

Esta modificación impactó de manera significativa a dos grupos poblacionales. Por un lado, a los trabajadores con ingresos regulares menores a 4 smmlmv, en la medida en que al disminuir el ahorro individual, el trabajador debe trabajar más años para obtener el mismo nivel de ahorro que hubiera alcanzado si el 100% de la cotización hubiera sido acreditado a su cuenta. Por otro lado, afectó a aquellos que a pesar de percibir un ingreso superior a cuatro smmlmv, este es irregular y por tanto al ser la obligación de financiar el FGPM permanente pero el ingreso irregular, es posible que el capital ahorrado no le alcance para financiarse una pensión mínima.

En este sentido, los trabajadores o pensionados sobre quienes se materialice el riesgo de no estar en la capacidad financiarse una pensión mínima bien sea por su nivel de ingreso o por la irregularidad de este, tienen que soportar una carga de solidaridad sin una contraprestación segura también de solidaridad.

Por último, es necesario aclarar el papel preponderante del Estado dentro de la GPM, como garante del cumplimiento del principio de solidaridad. A partir de la Ley 100 de 1993, el Estado es el garante de todas las pensiones. Eso sigue siendo cierto hoy en día. El texto original de la Ley 100, estableció que el Estado completaría el capital faltante para financiar las pensiones mínimas de vejez, invalidez y muerte.²¹ En la Ley 797 de 2003, se generó la expectativa legítima para todos los afiliados al RAIS, que su aporte a la GPM les garantizaba completar ese capital requerido para financiar una pensión mínima, y si esos recursos se llegaran a agotar, el garante seguirá siendo el Estado.²² Sin embargo, las normas demandadas establecieron la carga de realizar el aporte obligatorio a la GPM, pero al mismo tiempo excluyeron de la posibilidad de acceder a esa protección a la mayor parte de los afiliados del RAIS y a los pensionados del RAIS, así requieran con necesidad de tales recursos para acceder a una pensión mínima.

²¹ En su versión original la Ley 100 de 1993 estableció la garantía estatal de pensión mínima en el RAIS tanto para pensiones de vejez (art. 65) invalidez (art. 71) y sobrevivencia (art. 75). Posteriormente, a través de la expedición del Decreto 832 de 1996, se trasladó la obligación de la garantía estatal de pensión mínima en invalidez y sobrevivencia al seguro previsional (art.8).

²² Es necesario aclarar que, a través de la Sentencia C-797 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 que modificaba el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y el cual ordenaba crear el "Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad". Sin embargo, la GPM se mantuvo a través del aporte previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y su respectiva modificación. Así lo confirmó un concepto de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado (Rad. 1670 C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.)

Consecuentemente, tal como se demostrará en la Sección VIII de la presente demanda, la modificación efectuada por la ley 797 de 2003 al artículo 20 de la Ley 100, hace imprescindible un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, ya que además de impedir que el Estado cumpla a cabalidad su papel de garante de pensiones, produjo una carga que hace más oneroso y sin contraprestación solidaria, para el afiliado al RAIS, adquirir una pensión, en especial para los trabajadores con menores ingresos e ingresos irregulares.

IV. Análisis de las normas: los preceptos demandados imponen obstáculos a los pensionados para acceder a la garantía de pensión mínima

La Constitución de 1991 en su Artículo 48 creó el sistema de seguridad social integral, el cual fue desarrollado a través de la Ley 100 de 1993 que *"tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones."*²³ Así, la Ley 100 de 1993 constituye el régimen actual en materia de seguridad social estableciendo un sistema dual de pensiones: el RPM con prestación definida y el RAIS con tres diferentes modalidades de ahorro, renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.²⁴

Como bien lo explicó la Corte en la Sentencia C- 538 de 1996, analizada en la Sección III de la presente demanda, en el RPM con prestación definida los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes o una indemnización previamente definidas en la ley. *"Este régimen se caracteriza porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley, administrados por el Instituto de Seguridad Social."*²⁵ Por su parte en el RAIS se incorporan y administran recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados. *"Esta basado en los recursos del ahorro, administrados en cuentas de propiedad individual de los afiliados, proveniente de las cotizaciones hechas por los empleadores y trabajadores, más los rendimientos financieros generados por su inversión y, eventualmente, de los subsidios del Estado"*.²⁶

A continuación, se entrarán a explicar los obstáculos:

En primer lugar, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 establece que,

²³ Art. 10, Ley 100 de 1993.

²⁴ Artículo 79, Ley 100 de 1993. A estas tres modalidades básicas, la Circular Externa 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera adicionó otras 4 modalidades: 1) retiro programado sin negociación del bono pensional, a cargo de las AFP; 2) renta temporal variable con renta vitalicia diferida, a cargo de las aseguradoras y de las AFP; 3) renta temporal variable con renta vitalicia inmediata, a cargo de las AFP y de las aseguradoras; y 4) renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, a cargo de la aseguradora.

²⁵ Sentencia C-538 de 1996, (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²⁶ Sentencia C-538 de 1996, (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

“Artículo 84. Ley 100 de 1993. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.” (Destacado fuera del texto)

Dicha norma impone una clara limitación para que los afiliados o sus beneficiarios accedan a la GPM en los eventos en los que la suma de *“pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima”*.

De la expresión “según el caso”, se pueden derivar dos interpretaciones. Primero, que de la prohibición que establece el artículo se derive de la suma de los ingresos, rentas o remuneraciones del afiliado así como del beneficiario. Segundo, que se tomen los ingresos, rentas y remuneraciones de manera separada, sin sumar los del afiliado por una parte y los del beneficiario por otra parte. Cualquiera sea la interpretación que se le dé a la norma, esta resulta inconstitucional por tres razones fundamentales.

Primero, si se toman los ingresos, rentas y remuneraciones del beneficiario claramente se está afectando el carácter individual del derecho a la pensión contrario a lo establecido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues convierte al afiliado en dependiente de su beneficiario. Por ejemplo, si la esposa del afiliado tiene un ingreso apenas superior al smimv, invocar este hecho para negarle al afiliado el acceso a la garantía de pensión mínima representa una clara transgresión del derecho individual del afiliado a adquirir su pensión mínima pues lo convierte en dependiente de los ingresos de su beneficiaria.

Segundo, si se toman los ingresos, rentas y remuneraciones del afiliado, desconocería que la pensión de vejez es una fuente de ingreso segura para garantizar la vida digna de la persona durante los últimos años de su vida. A manera de ejemplo, un trabajador pensionado que en su cuenta de ahorro individual no tenga el dinero suficiente para financiarse al menos una pensión equivalente a 1 smimv, pero que tenga remuneraciones por trabajos ocasionales y una renta por el arriendo de una pieza, que sumados le generen un ingreso apenas superior a 1 smimv, en ningún caso podría acceder a la protección del Estado a través de la GPM. Situación que es claramente contraria a la finalidad del derecho a la pensión, como ahorro para sobrevivir a las contingencias durante los últimos años de su vida, máxime cuando este ingreso externo es inestable. Cuando la pieza no esté arrendada, la ausencia de pensión dejará desprotegido al trabajador.

Tercero, si se toma en cuenta la suma de los ingresos, rentas y remuneraciones tanto del afiliado como del beneficiario se crean aun mayores obstáculos al acceso a la GPM en la medida en que utiliza la sumatoria de ingresos de terceros y del afiliado para excluir al trabajador afiliado al RAIS del acceso a la GPM. En este sentido, si una persona de ingresos bajos recibe mensualmente una cifra apenas inferior al salario mínimo y tiene como beneficiario a su esposa que también trabaja para aportar en el hogar, pero cuyos ingresos ni si quiera alcanzan el salario mínimo, entonces la sumatoria de estos conceptos excedería levemente 1 smimv. Ello impediría que el trabajador afiliado accediera a la GPM. Este obstáculo que se impone al trabajador es difícilmente superable puesto que sus condiciones económicas le impiden obtener otros ingresos que le permitan vivir de manera digna. Además, esta expresión transfiere a la familia del solicitante la carga de mantener

de por vida a su familiar que se acerca a la tercera edad en el evento de que alguno de los beneficiarios, o varios sumados, tengan un ingreso superior a un salario mínimo al momento en el que el solicitante ha cumplido el tiempo y la edad para acceder a la GPM. Esta situación ocurre debido a que la norma suma diversas fuentes de ingreso de los beneficiarios y del afiliado, con el fin de excluirlo del acceso a la GPM.

Adicionalmente, las expresiones "rentas y remuneraciones" también genera obstáculos para acceder a la GPM, ya que la persona que haya alcanzado la edad y haya cotizado durante las semanas exigidas, que tenga por ejemplo una propiedad de la cual derive una renta superior a un salario mínimo, no puede acceder a la garantía como bien lo establece el articulado de la misma ley. Lo mismo sucede con cualquier otro título que le genere ingresos.

La anterior situación es aún más grave si la persona que aspira a obtener la garantía tiene una renta inferior a un salario mínimo pero uno de los beneficiarios tiene un ingreso también inferior a un salario mínimo y ambos sumados superan el monto de la pensión mínima, porque en este evento no tendría posibilidad a acceder a la misma. Esto resulta manifiestamente desproporcionado ya que podrían darse situaciones en las que las sumas de esas rentas entre afiliado y beneficiario sean apenas superiores a un salario mínimo y por supuesto no sean suficientes para garantizar la vida digna de las personas que trabajaron durante toda una vida con la aspiración de siquiera poder acceder a las condiciones mínimas que cobija la ley.

De igual manera, estas barreras crean obstáculos de acceso de manera más notable sobre las mujeres, puesto que su compañero o cónyuge potencial beneficiario frecuentemente es quien tiene un ingreso. Lo anterior crea una notable dependencia por parte de la mujer, situación que como se analizará en la Sección VI de la presente demanda, se encuentra proscrita por la Corte Constitucional. La mujer, como cualquier persona, debe poder decidir de manera autónoma sobre su proyecto de vida y disponer de su pensión mínima si cumple los requisitos de edad y semanas cotizadas, sin depender para su sustento durante la tercera edad de los ingresos de otros familiares que podrían ser potenciales beneficiarios.

Por último, el artículo 84 establece un claro obstáculo de acceso a la GPM para las personas que se encuentran pensionadas, ya que de la lectura de la norma se puede derivar que el único que tiene la necesidad de acceder a la GPM es el afiliado. Sin embargo, no sólo el afiliado requiere de dicha garantía: una persona que sea pensionada bajo el RAIS que disfrute de una pensión en la modalidad de retiro programado puede descapitalizarse por razones de indexación de la mesada con el salario mínimo y de extra-longevidad. Dicho riesgo aumenta cuando los recursos que tiene el afiliado son levemente superiores a los exigidos para obtener una pensión mínima, pero no son suficientes para adquirir una renta vitalicia de una aseguradora. En esos eventos, el pensionado del RAIS queda absolutamente desprotegido en la medida en que no tiene posibilidad de acceder a la GPM, tampoco tiene los recursos suficientes para adquirir una renta vitalicia y sus propios recursos no le alcanzan para financiar de manera vitalicia una pensión de salario mínimo.

Caso contrario ocurre en el caso de los pensionados bajo la modalidad de renta vitalicia, en los eventos en los cuales las aseguradoras incurran en situaciones de insolvencia o que lleven a su liquidación forzosa administrativa y los recursos de las reservas no sean suficientes para el pago de dichas pensiones, por cuanto es claro que es el Estado el garante final del pago de las pensiones, tal como se estableció en el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, la cual expresamente estableció

que "Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas." Las reservas a las que se refiere la norma son las resultantes de disponer la eliminación de la garantía de FOGAFIN a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, a las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a las aseguradoras de vida que operan el ramo de pensiones bajo la Ley 100 de 1993.

Resulta por demás violatorio del derecho a la igualdad que el pensionado que ha elegido la modalidad de renta vitalicia tenga derecho a la garantía estatal de pensión mínima, pero aquel que optó por el retiro programado y que aportó para dicha garantía, carezca de la protección estatal.

En segundo lugar, antes de entrar a evaluar los obstáculos que impone del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, es necesario explicar de manera breve el funcionamiento de este régimen.

La Ley 100 de 1993, contempla tres modalidades de pensión en el RAIS, a saber: renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.²⁷ En la modalidad de renta vitalicia inmediata, el "afiliado contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento así como el pago de pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios."²⁸

Cabe mencionar que en la actualidad las Compañías de Seguros prácticamente se han retirado del mercado de Rentas Vitalicias, especialmente las de salario mínimo y, por lo tanto, los afiliados, al momento de pensionarse, sólo cuentan en la práctica con la opción de hacerlo a través de la modalidad de Retiro Programado.

Según cifras presentadas por Fasecolda a la Superintendencia Financiera, formato 394, en el año 2013, las aseguradoras que participan en el mercado de rentas vitalicias, no emitieron ninguna renta vitalicia para vejez para los afiliados al RAIS.

Número de Rentas Vitalicias Emitidas			
Año	Invalidez	Sobrevivencia	Vejez
2007	575	832	137
2008	729	1282	240
2009	1345	1961	224
2010	1002	1043	44
2011	888	1238	47
2012	971	1194	20
2013 *	550	993	0

* Fuente: formato 394 de la SFC. Cálculos Fasecolda. Datos al 30 de septiembre de 2013

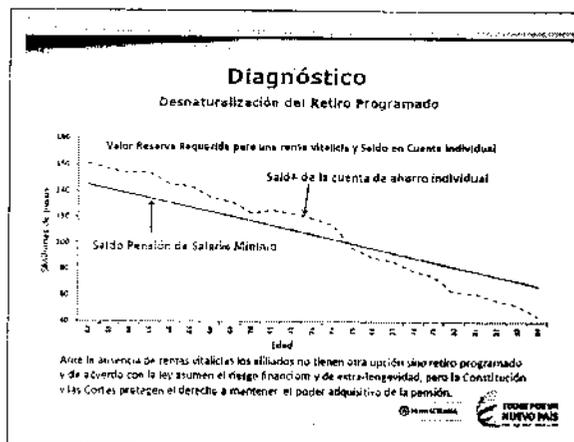
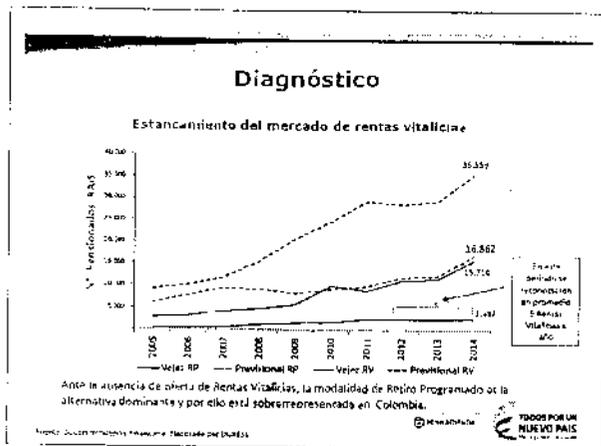


²⁷ Artículo 79, Ley 100 de 1993. La Circular Externa 013 de 2012 de la Superintendencia Financiera adicionó otras 4 modalidades que son mezcla entre retiro programado y renta vitalicia.

²⁸ Artículo 80, Ley 100 de 1993.

Esta situación se mantenía para el año 2015, según informe presentado por el Viceministro de Hacienda en la XXIV Convención Internacional de Seguros 2015,²⁹ en el que señaló

"ante la ausencia de rentas vitalicias los afiliados no tienen otra opción sino retiro programado y de acuerdo con la ley asumen el riesgo financiero y de extra-longevidad, pero la Constitución y las Cortes protegen el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión."



La desaparición de rentas vitalicias se dio, entre otras razones, como consecuencia del riesgo de difícil gestión, asociado al incremento anual del salario mínimo que se traduce en aumentos de la misma magnitud en las pensiones de este valor. Es decir, en la medida en que el incremento del salario mínimo es un valor difícil de determinar previamente, ya que es determinado por el Gobierno Nacional, el costo que ofrecen las aseguradoras para que las personas accedan a este mecanismo es demasiado alto y prácticamente inasequible, razón por la cual la mayoría de compañías dejaron de ofrecer este tipo de servicios.

Ahora bien, en la modalidad del retiro programado el afiliado o sus beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora con cargo a la cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional, si a él hubiere lugar.

En esta modalidad de pensión, la mesada pensional se calcula de acuerdo con la expectativa de vida del afiliado y la composición de su grupo familiar y debe hacerse anualmente un control del saldos en la cuenta de ahorro individual que se desacumula con el pago de cada mesada, pues en el momento en que ese saldo sólo alcance para pagar una mesada de pensión mínima al pensionado y sus beneficiarios, se deberá adquirir con una aseguradora una renta vitalicia de salario mínimo, para que sea la aseguradora la que asuma los riesgos de extralongevidad y de indexación de la mesada con el salario mínimo³⁰

²⁹ Presentación del Viceministro Andrés Escobar en la XXIV Convención Internacional de Seguros 2015. Ver el documento completo en <http://www.fasecolda.com/index.php/eventos/memorias/2015/convencion-internacional-de-seguros-2015/memorias/>

³⁰ Artículo 81, Ley 100 de 1993.

Lo anterior significa que el monto de la pensión puede variar cada año, y disminuir con el tiempo debido a la desacumulación de la cuenta de ahorro individual, pero también por la eventual descapitalización que se produzca como consecuencia de la indexación de la mesada y la extra-longevidad del pensionado o sus beneficiarios.

Ante la ausencia de un mercado de rentas vitalicias, los pensionados del RAIS se quedaron sin la posibilidad de comprar una renta vitalicia de salario mínimo, y enfrentan el riesgo de no contar con recursos suficientes para financiar una pensión de salario mínimo de manera vitalicia, y sin la posibilidad de acceder a la GPM que complete el capital que les haga falta para devengar esa pensión mínima, pues la norma demandada los excluyó como beneficiarios. Es decir, que a pesar de que los pensionados en retiro programado han sido solidarios con los afiliados al RAIS de menores recursos para que la GPM complete el capital que sea necesario para que ellos gocen de una pensión mínima, en el momento en que por circunstancias ajenas a su voluntad, el pensionado se encuentra en una situación de necesidad y requiere de la solidaridad del régimen para que complete el capital necesario que le permita continuar devengando esa pensión mínima, la norma lo excluyó arbitrariamente.

Pasemos a los obstáculos que impone la norma para acceder a la GPM.

El artículo 65 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993." (Destacado fuera del texto)

Por un lado, la modificación al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, generó un impacto significativo sobre el artículo 65, que creó una mayor desprotección en las personas de tercera edad. Lo anterior, debido a que la modificación introdujo la obligación a los afiliados al RAIS de financiar la GPM, inclusive aquellos con menores ingresos. Es decir, sin importar que muchos de los afiliados con un gran esfuerzo y sin dicha carga estuviesen financiando tan solo una pensión mínima, de manera indiscriminada se les impuso la obligación de contribuir a la financiación de la GPM, sacrificando la acumulación de recursos para financiar su pensión, lo que condujo a la necesidad de trabajar durante mayor tiempo y a realizar un mayor esfuerzo para lograr el capital necesario para pensionarse. A pesar de que ese sacrificio generó la expectativa legítima para todos los afiliados al RAIS de que accederían a la GPM en caso de necesitarlo, lo cierto es que las normas demandadas restringen de manera desproporcionada ese acceso a la GPM al punto de que sólo excepcionalmente algún afiliado al RAIS es protegido por esa garantía.

Por otro lado, es evidente que la norma impone un obstáculo de acceso a los pensionados que requieren acceder a la GPM, en la medida en que el artículo limita la protección únicamente a "los afiliados" que cumplan los requisitos establecidos. Las normas demandadas desconocen aquellas situaciones en las que por razones ajenas a su voluntad como la descapitalización, los pensionados no pueden financiar la pensión mínima, y por tanto requieren de la garantía que ofrece esta norma. Este obstáculo no es superable, en la medida en que en la mayoría de situaciones donde se presenta esta eventualidad, el único ingreso que tiene el pensionado es precisamente su pensión, y por tanto depende totalmente de ella para subsistir.

Lo anterior es aún más grave en aquellas situaciones en las que los ingresos que se obtienen de la pensión, son los únicos que reciben algunas familias para cubrir las necesidades básicas del hogar.

Finalmente, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la cual fue modificada por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 establece que:

"Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1° de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1° de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1° de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional [...]" (Destacado fuera del texto)

A partir de 2003 a los afiliados del RAIS, incluso a los de ingresos menores a cuatro salarios mínimos, les impusieron la carga de financiar la GPM y les aumentaron esa carga de manera significativa, con lo cual prolongaron el tiempo que necesitan para acumular el capital para pensionarse. En este sentido, el nuevo régimen conllevó a que el 1.5% de los aportes de cada trabajador no se destinen a su cuenta de ahorro individual, donde los recursos siguen siendo de su propiedad para acumular los recursos necesarios para obtener su pensión, sino a financiar la GPM. Lo anterior es aún más alarmante, toda vez que la etapa de la vida en que se espera recibir una pensión es de alta vulnerabilidad ya que es un momento en que aparecen padecimientos y enfermedades, que sumados a una situación económica precaria podrían afectar el desenvolvimiento de la persona, su salud y, por lo tanto, sus condiciones de vida digna.

Consecuentemente, a pesar de la importancia de la GPM para la plena satisfacción de los derechos a una vida digna, mínimo vital, y seguridad social de los afiliados y pensionados del RAIS, los artículos 20, 65 y 84 de la Ley 100 de 1993, imponen obstáculos desproporcionadas de acceso a dicha garantía no solamente sobre los afiliados sino también sobre aquellos que ya obtuvieron la pensión, incluso en situaciones graves de su descapitalización son excluidos de la posibilidad de obtener dicha garantía.

Entonces es imprescindible que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de dichos preceptos, que hasta el momento han generado numerables vulneraciones de derechos fundamentales en grave perjuicio de personas de especial protección constitucional.

V. Análisis del problema a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del derecho a la pensión y la garantía de pensión mínima

La importancia del derecho a la pensión ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional.³¹ Lo anterior, debido al significativo impacto que genera en aspectos sociales, psicológicos y económicos, de un grupo de personas de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad, pero también de las personas que conviven con estas.

El impacto social se ve reflejado a través del grupo familiar que en muchas ocasiones depende de la pensión de la persona que está a cargo de la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para garantizar el goce de derechos tales como la educación o la vivienda.³² Impacta psicológicamente a las personas de la tercera edad quienes tienen la expectativa de obtener de la pensión y al estar en una situación de alta vulnerabilidad, poseen una serie de particularidades tanto físicas como mentales, que exigen la protección de los mencionados derechos consagrados en la Constitución Política. Finalmente, impacta el aspecto económico, en la medida en que la posibilidad de una persona y de su familia de actuar en el mercado depende de que obtenga un ingreso que le permite hacerlo, en especial si por su edad avanzada no puede trabajar o conseguir empleo.

³¹ Sentencia C- 107 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), Sentencia C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³² Citar el documento que hace referencia a estos tres frentes que impacta el derecho a la pensión.

La Sentencia C- 107 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), definió la pensión de vejez y su finalidad, afirmando que, la pensión es

“un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”. En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez” (Destacado fuera del texto)

Lo anterior cobra especial relevancia para efectos de la presente demanda toda vez que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, limita la posibilidad de acceso a la garantía de pensión mínima a los “afiliados” que cumplan con los requisitos que establece la ley; dejó por fuera a las personas que ya son pensionadas, pero que debido a la descapitalización que han sufrido por factores ajenos a su voluntad, no alcanzan a tener un mínimo para vivir.

Lo anterior se debe a que, a pesar de la necesidad en que se encuentran los pensionados descapitalizados, en todo caso no son protegidos por la norma al no hacer parte del grupo denominado “afiliados” que establece el artículo mencionado. Por tanto, esta norma desconoce claramente el ahorro forzoso que realizaron las personas durante toda una vida laboral, y la imposibilidad de trabajar en condiciones favorables debido a la avanzada edad. Esta limitación es aún más grave, si se tiene en cuenta que a través de ésta, se priva del acceso a la garantía a personas ya pensionadas y por tanto de más avanzada edad, situación que los desprotege y crea obstáculos que como se demostrará más adelante, son manifiestamente contrarios a los principios de solidaridad y universalidad.

Por otro lado, es importante mencionar que si bien el derecho a la pensión no está consagrado explícitamente como derecho fundamental en nuestra Constitución, la Corte Constitucional ha aclarado que no solo es un derecho constitucional que el legislador debe respetar, proteger y garantizar, sino que además adquiere su carácter fundamental en virtud de su conexidad directa con los derechos fundamentales al trabajo,³³ mínimo vital, y seguridad social.³⁴ Frente al primero, se busca a través del derecho a la pensión que se asegure “un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.”³⁵

Con relación al mínimo vital, resulta necesario mencionar que este derecho fundamental ha sido reconocido desde 1992, en forma pacífica y reiterada por la jurisprudencia constitucional de la

³³ Sentencia T-1752 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).
³⁴ Sentencia T-398 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
³⁵ Sentencia C- 107 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte como un derecho derivado de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, la dignidad humana y la solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, manifestados en decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta.³⁶ La finalidad de este derecho es *“la de evitar, en mayor medida, la reducción de los valores intrínsecos de la persona por cuenta de la falta de condiciones materiales que restringen el desarrollo a una existencia en condiciones dignas”*.³⁷ (Destacado fuera del texto).

Respecto de la seguridad social, se destaca la importancia de este derecho y su relación con el derecho a la pensión toda vez que el Estado está obligado a *“promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.”*³⁸

Lo anterior es importante para efectos de la presente demanda toda vez que al ser el derecho a la pensión un derecho constitucional de carácter fundamental, es imperiosa su protección y garantía efectiva. En cambio, los preceptos demandados lejos de contribuir a la protección de los trabajadores de la tercera edad, sean estos afiliados o pensionados, lo que hace es imponer barreras adicionales al impedir su acceso a la GPM, dejando desprotegidos a un gran número de sujetos de especial protección constitucional que, por sus condiciones físicas y económicas, ya enfrentan barreras reales, como lo puso de manifiesto la Corte en la sentencia anteriormente señalada.

Adicionalmente, según los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del derecho a la pensión, se trata de un derecho subjetivo cuyo titular es el individuo sin ninguna clasificación específica. Es decir, bien sea que se trate de las personas afiliadas a un régimen o quienes ya estén pensionados, el objeto del derecho a la pensión es la protección de las personas de tercera edad que deben tener las condiciones mínimas para poder tener una vida digna. La Corte Constitucional en la sentencia T-1752 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), destacó el carácter subjetivo de la seguridad social específicamente en cuanto a la pensión que protege a las personas durante la vejez, la cual según la Corte, es un reconocimiento al trabajo realizado por el individuo:

“Aceptar el carácter de derecho subjetivo que tiene la seguridad social, particularmente en cuanto a la pensión de jubilación, implica reconocer su relación con el derecho al trabajo, en particular, con el reconocimiento del trabajo. La pensión de jubilación no es una simple caridad que se hace a las personas por el simple hecho de haber llegado a determinada edad, sino una contraprestación a la contribución que hizo durante su vida poniendo a disposición de la sociedad su fuerza laboral.” (Destacado fuera del texto)

³⁶ Sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁷ Sentencia C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁸ Sentencia T-468 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto).

Es evidente el reconocimiento del derecho fundamental a la pensión, como derecho subjetivo del individuo, que se materializa gradualmente como resultado de un esfuerzo significativo de un individuo titular del derecho durante toda una vida laboral y de un ahorro forzado durante décadas para poder asegurar una vejez en condiciones dignas.

Lo anterior cobra especial relevancia para efectos de la presente demanda toda vez que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 al referirse a la imposibilidad de acceso a la GPM cuando la sumatoria de las pensiones rentas, remuneraciones del pensionado o de los "beneficiarios" sea mayor a un salario mínimo mensual, supone la transgresión del carácter subjetivo del derecho, pues permite la inclusión de ingresos de terceros que afectan el derecho individual de la persona que durante toda una vida trabajó para poder acceder y gozar de su pensión. Esto es aún más grave en aquellas situaciones donde la sumatoria de estos conceptos es apenas superior a un salario mínimo mensual, puesto que este capital es lógicamente insuficiente para atender las necesidades básicas de todas las personas que dependen de estos ingresos, en especial el de la pensión.

Así, el derecho a la pensión y consecuentemente la garantía a la pensión mínima busca que las personas que ya no están en condiciones de trabajar, pues han tenido durante su periodo laboral deterioros tanto físicos como intelectuales o les es difícil acceder al mercado laboral, puedan vivir los últimos años de su vida de manera digna. No sería concebible una situación en donde el trabajador luego de años de trabajo, de haber ahorrado para su propia pensión, contribuido obligatoriamente a financiar la GPM, y haber tenido en un principio capital suficiente para financiar su pensión deba preocuparse al entrar a la tercera edad, por buscar otras fuentes de ingreso que le permitan subsistir, en razón de la disminución de su capital por razones ajenas a su voluntad. Evento en el cual este pensionado depende de otro factor ajeno a su voluntad: que exista un mercado de rentas vitalicias que lo rescate cuando su capital no sea suficiente para lograr una pensión mínima. Sin embargo, tal como se demostrará en la sección VI(C) de la presente demanda, el mercado de rentas vitalicias es ahora inexistente, lo que deja al pensionado en un estado de absoluta desprotección, y sin la posibilidad de recibir una mesada pensional vitalicia ya que la ley le negó el acceso a la GPM, a pesar de que la necesita y haya aportado a ella.

Como se demostrará en las secciones VI, VII y VIII de la presente demanda, producto de los obstáculos permitidos por las normas demandadas, este panorama es la realidad para muchos pensionados en la actualidad, y lo será para millones más en el futuro.

Los cargos contra los artículos 84, 65 y 20 serán desarrollados empezando por el artículo 84 ya que es el que establece barreras expresas que afectan tanto a los afiliados como a los pensionados. Luego, se desarrollarán los cargos contra el artículo 65 que afecta solo a los pensionados, pero lo hace mediante una exclusión absoluta de acceso a la GPM. Finalmente, se desarrollarán los cargos contra el artículo 20 que crea una nueva carga desproporcionada sobre los trabajadores del RAIS.

VI. Cargos contra el artículo 84 de la Ley 100 de 1993

El artículo 84 de la Ley 100 de 1993 establece la excepción a la GPM la cual genera una prohibición absoluta que como se demostrará a continuación, está vinculada a factores que a la luz del derecho constitucional son inaceptables.

A. El Estado Colombiano tiene la obligación de respetar, proteger y asegurar el goce efectivo del derecho a la pensión

El Estado Colombiano tiene la obligación de respetar, proteger y asegurar el derecho a la pensión a la mayor cantidad de la población para que goce de manera efectiva y plena de los derechos que la Constitución consagra. Esta premisa se fundamenta no solo en las normas constitucionales sino en tratados internacionales que consagran la importancia del derecho a la seguridad social y, en consecuencia, al derecho a la pensión, que es un componente esencial del derecho a la seguridad social.

Como se mencionó en la Sección V de la presente demanda, el derecho a la pensión adquiere su carácter fundamental a partir de su estrecha relación con el derecho a la seguridad social. En este sentido, si bien diferentes declaraciones, tratados, y convenciones internacionales ratificados por Colombia no consagran expresamente el derecho a la pensión, sí consagran el derecho a la seguridad social.

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 22 señala que *"toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social"* y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVI, establece que la finalidad de este derecho es la de luchar *"contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"*. Estos preceptos fueron recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 en su artículo 9, el cual establece *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."*

De igual manera, es importante hacer mención al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos la cual expresa que,

"Artículo 26. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (Destacado fuera del texto)

Esta misma obligación de progreso gradual en la cobertura de los derechos sociales está plasmada en el artículo 2 del PIDESC, el cual dispone que,

"Artículo 2 (1). Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos." (Destacado fuera del texto)

Por otro lado, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la cual se señaló el contenido y alcance de este derecho consagrado en el PIDESC. De conformidad con esta Observación General, el derecho a la seguridad social *“incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”*³⁹

Específicamente, respecto del principio de igualdad la Corte Constitucional en la sentencia T-774 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) a partir de la Observación General 19 afirmó que en aplicación de este principio los estados *“tienen la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos en que las personas o los grupos no están en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición dentro del sistema de seguridad social existente. Los Estados Partes deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección.”* (Destacado fuera del texto)

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia T-1752 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) estableció la doble naturaleza de la seguridad social en su aspecto pensional, afirmó que es *“un servicio público de carácter obligatorio –y esencial– prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado y es, además, un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado (art. 48).”*

De las obligaciones contenidas en los mencionados tratados y declaraciones que han sido ratificadas por Colombia, al igual que de las interpretaciones dadas por Organismos Internacionales, cabe destacar una obligación en cabeza del Estado para que adopte todas las medidas necesarias encaminadas a lograr el goce efectivo de los derechos consagrados en la Constitución interpretada a la luz de las convenciones internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social y específicamente el derecho a la pensión con el fin de que la persona sea protegida *“contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna.”*⁴⁰

Como lo manifestó la Corte en la sentencia T-968 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) *“La protección al derecho a la seguridad social en pensiones no sólo encuentra sustento superior en la protección que el Estado debe brindar a quienes se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, obvia y natural para las personas de la tercera edad quienes resultan más vulnerables (artículos 13 y 46 de la Constitución), sino también en la protección especial que el Estado está obligado a otorgar al trabajo en todas sus modalidades, puesto que, como lo advirtió la Corte Constitucional, ‘se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral*

³⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19)* aprobada el 23 de noviembre de 2007, en el 39º periodo de sesiones.

⁴⁰ Artículo 19, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

es evidente". Lo anterior, con el fin de que la persona sea protegida "contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna."⁴¹

De este modo, "el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad"⁴². Por lo tanto, cualquier acto del Gobierno Nacional o norma que establezca una barrera irrazonable o que impida el goce efectivo de estos derechos conlleva a un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones a la luz del bloque de constitucionalidad.

El artículo 84 establece una serie de barreras de acceso a la GPM bajo condiciones que, como se demostrará en la siguiente sección, resultan inconstitucionales pues imponen obstáculos para que las personas de la tercera edad puedan acceder a esta garantía concebida precisamente para que los trabajadores de ingresos cercanos a un salario mínimo vivan al final de sus días en condiciones dignas.

- B. El artículo 84 de la Ley 100 de 1993, desconoce el carácter individual del derecho a la pensión y establece barreras para acceder al derecho, o gozar de manera efectiva del mismo

A continuación se presentarán los obstáculos que establece el artículo 84 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar se expondrá cómo la norma demandada desconoce el carácter individual del derecho a la pensión y establece obstáculos de acceso a la GPM, a través de dos expresiones de la norma: "o los beneficiarios" y "rentas y remuneraciones". Como se explicará a continuación, tales expresiones no solo desconocen el carácter subjetivo del derecho a la pensión, toda vez que a pesar de ser un derecho individual, cuyas condiciones de acceso deberían ser evaluadas también individualmente para determinar si el individuo tiene necesidad de tales recursos para financiar su pensión, la norma cuestionada utiliza criterios ajenos a ese individuo, al tener en cuenta los ingresos de terceros que nada aportaron a la construcción del ahorro pensional, o generar situaciones de dependencia de ingresos de terceros, que como ha decretado la Corte Constitucional específicamente respecto de las mujeres, es una situación proscrita por el ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, se pondrá en evidencia que el carácter excepcional de la norma supone de manera errónea que la única persona que tiene la necesidad de acceder a la GPM es el afiliado, lo que excluye por completo al pensionado. Desde el punto de vista material, lo esencial es proteger al trabajador, como ser humano, lo cual es obstaculizado por la dicotomía afiliado/pensionado.

Con relación al primer argumento, como se mencionó anteriormente en la Sección V de la presente demanda, el derecho a la pensión es un derecho de carácter individual cuya falta de reconocimiento injustificado ocasiona un perjuicio grave, prolongado e irreparable a su titular. Así, se trata de un derecho del individuo y no del grupo al que el sujeto pertenece. La Corte

⁴¹ Artículo 19, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

⁴² Sentencia T-841 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y sentencia T-146 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Constitucional en múltiples sentencias ha destacado el carácter subjetivo del derecho a la pensión,⁴³ en particular en la sentencia T-1752 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) destacó el carácter subjetivo de del derecho a la pensión, afirmó que "Aceptar el carácter de derecho subjetivo que tiene la seguridad social, particularmente en cuanto a la pensión de jubilación, implica reconocer su relación con el derecho al trabajo, en particular, con el reconocimiento del trabajo."(Destacado fuera del texto).

De igual forma, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-287 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) los impedimentos o restricciones que se hagan al derecho de la pensión mínima son incompatibles con un orden justo en un Estado Social de Derecho toda vez que la persona de la tercera edad *"ha hecho aportes dinerarios al sistema de seguridad social durante varios años de trabajo"* por lo que resulta natural que reciba como contraprestación una mesada equivalente a un porcentaje de su salario con miras a su sostenimiento durante la vejez.⁴⁴ Por supuesto, para recibir esta contraprestación debe haber trabajado durante un número determinado de años y haber alcanzado cierta edad, además de haber ahorrado en el régimen de capitalización una parte presente de su salario para poder disfrutar de ella en el futuro cuando ingrese a la tercera edad.

En este sentido, al encontrarse el derecho a la pensión ligado a los preceptos de justicia y de manera estrecha también con el derecho al trabajo, es natural que se trate de un derecho de naturaleza individual que se consolida a partir del esfuerzo personal y del cumplimiento de requisitos de modo, tiempo de cotización y edad.

Sin embargo, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, establece dos grandes obstáculos que impiden acceder a una pensión y que afectan gravemente el goce efectivo del derecho a la pensión. Tales obstáculos están materializados a través de dos expresiones de la norma: "o los beneficiarios" y "rentas y remuneraciones".

De la expresión "o los beneficiarios", nace un obstáculo de acceso a la GPM ya que al referirse a la posibilidad de sumar las pensiones, rentas, y remuneraciones de "los beneficiarios" se limita el acceso a esta garantía cuando la sumatoria de estos conceptos supere el valor de un salario mínimo mensual, lo que impide al trabajador que ha cumplido los requisitos para pensionarse, obtener de ser necesario la GPM. Por ejemplo, una trabajadora que realice labores de aseo en una casa durante tres días a la semana, con un ingreso insuficiente para alcanzar el salario mínimo, y a su vez su esposo beneficiario sobrevive de una renta inferior al mínimo que recibe de una pieza en el inmueble donde viven, ambos generan un ingreso total a penas superior al salario mínimo, lo cual impediría que la trabajadora tuviera acceso a la GPM.

Por ello, la norma, al desconocer flagrantemente el carácter individual del derecho a la pensión, impone un claro obstáculo para el acceso del afiliado a la GPM y para el goce pleno de los derechos de los afiliados y pensionados.

⁴³ Ver sentencia T-295 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), sentencia T-053 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), sentencia SU-298 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴⁴ Respecto del concepto de "justicia" en la seguridad social, ver también Sentencia C-155 de 1997. (M.P. Fabio Morón Díaz).

También puede suceder que existan varios ingresos tanto del trabajador como de sus beneficiarios, pero todos ellos insuficientes para suplir las necesidades económicas del hogar. Por ejemplo, un trabajador que gana menos de un salario mínimo, cuya esposa trabaja medio tiempo y gana tan solo la mitad de un salario mínimo, al igual que su hijo quien posee una enfermedad degenerativa y recibe medio salario mínimo del trabajo que realiza en la tienda del barrio. La sumatoria de estos ingresos le impediría a ese individuo acceder a una pensión de vejez, pues la norma obliga a que los ingresos de terceros, por pequeños que sean, deban ser tenidos como si fueran del trabajador y lo dejan desprotegido frente a la posibilidad de acceder a la GPM.

Estas situaciones desconocen de manera clara el carácter individual del derecho a la pensión puesto que tiene en consideración ingresos de terceros que en nada contribuyeron a al ahorro del afiliado, lo que impide la materialización del goce efectivo del derecho a la pensión del trabajador.

Respecto de las expresiones "rentas y remuneraciones", de manera preliminar es necesario aclarar que no existe un desarrollo legal como tampoco jurisprudencial que determine lo que comprenden estas expresiones. El Decreto 832 de 1996 en su artículo 3ro incorpora una posible interpretación de estas expresiones, estableciendo que el afiliado debe certificar que "*los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima*".⁴⁵ En esa medida, por rentas y remuneraciones se entendería cualquier otro ingreso, incluido alguna pensión v.gr. la pensión de sobreviviente.

Por lo tanto, ante la ausencia de una determinación clara de lo que se entiende por "rentas y remuneraciones" es preciso que la Corte en la presente ocasión determine el alcance de estas expresiones.

Ahora bien, cualquiera que sea el alcance que le otorgue la Corte a estas expresiones, el mandato legal de llevar a cabo la sumatoria de diferentes ingresos como "rentas y remuneraciones" tanto del afiliado como del beneficiario, que en caso de llegar a sumar más de un salario mínimo impide el acceso a la GPM, claramente quebranta el carácter individual de este derecho, pues incluye dentro de los factores para impedir el acceso a dicha garantía, los ingresos de personas diferentes al titular del derecho que ahorró parte de su ingreso para financiar la garantía de pensión mínima.

Entonces, el esfuerzo pensional que realizó el trabajador durante toda su vida y el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión pierden todo su valor, si terceros que tienen la condición de beneficiarios reciben ingresos que sumados superen el salario mínimo, y llevan a que el trabajador y su núcleo tengan que depender de ese salario mínimo mensual por cuenta de tales terceros, dado que esa condición le impide el acceso a la GPM.

El derecho a la pensión deja de ser un derecho individual que reconoce el trabajo de la persona que solicita el acceso a la GPM. A pesar de cumplir los requisitos de ley, como la edad y las semanas cotizadas, al trabajador afiliado al RAIS se le niega el acceso a la garantía en razón de factores completamente ajenos a su trabajo y esfuerzo individual.

⁴⁵ Artículo 3, Decreto 832 de 1996.

De igual manera, es oportuno mencionar que estas barreras afectan de manera desproporcionada a las mujeres, puesto que su compañero o cónyuge potencial beneficiario frecuentemente tiene un ingreso. Esta situación no puede ser aprovechada por el legislador para convertir por mandato de la ley a la mujer en una persona dependiente del ingreso del cónyuge, compañero permanente o potencial beneficiario, en la medida en que al no poder acceder a la GPM se encuentran obligadas a depender económicamente de lo que les pueda ofrecer la persona con la que conviven, a pesar de que durante su vida laboral la mujer haya trabajado en ejercicio de su autonomía y libre. Esta situación de dependencia, que es más grave cuando es impuesta por la ley, ha sido reiteradamente censurada por la Corte Constitucional.

En la sentencia C-588 de 1992 la Corte afirmó que "Toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio y permanecer en la soltería. No cabe duda de que en esta materia el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio; más aún, se le reconocen los beneficios a condición de nunca haberlo contraído. Esto representa una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta e implica el desconocimiento que garantiza a todo individuo el libre desarrollo de la personalidad." (Destacado fuera del texto)

En esa misma línea, en la sentencia C-101 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en la que se demandó el artículo 1134 del Código Civil por condicionar el goce de un usufructo, uso, habitación o pensión periódica, a una mujer para que permanezca en estado de soltería o de viudedad, la Alta Corporación manifestó que "Siendo ello así, el precepto del artículo 1134, es a todas luces discriminatorio, en tanto perpetúa la condición de inferioridad y debilidad de la mujer frente a los hombres, tradicionalmente aceptada y, en ese sentido, el propósito de la norma lejos de favorecerlas como pudo haber sido la intención del legislador, las perjudica." (Destacado fuera del texto)

Además, a través de la sentencia C-309 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte destacó la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, por tanto la mujer

"no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad (C.P. arts. 16, 42 y 43). No puede plantearse una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, menos todavía hoy cuando la consideración paritaria de los miembros de la pareja no se ajusta más a la antigua concepción de aquélla como sujeto débil librada enteramente a la protección masculina. La norma legal que asocie a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas." (Destacado fuera del texto)

Por último, en la Sentencia T-012 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte reconoció que la violencia contra la mujer también puede ser económica y que esta clase de agresión es muy difícil de percibir. Esta violencia se evidencia cuando el hombre utiliza su poder económico para

controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Igualmente, la Corte en esa misma sentencia afirmó que están proscritas todas aquellas situaciones en donde la mujer se encuentra en situación de dependencia económica, en la medida en que este tipo de espacios conllevan a una pérdida de autonomía de la mujer *“ya que restringe la posibilidad de tomar decisiones propias, administrar su patrimonio y sostener relaciones patrimoniales. De la misma manera, esa violencia económica limita las posibilidades materiales de acudir a las autoridades, pues ello implica, en muchos casos, erogaciones económicas que son difíciles de solventar.”* Así, la mujer, como cualquier persona, debe poder decidir de manera autónoma sobre su proyecto de vida y disponer de su pensión mínima si cumple los requisitos de edad y semanas cotizadas, sin depender para su sustento durante la tercera edad de los ingresos de otros familiares que podrían ser potenciales beneficiarios.

La norma demandada también es inconstitucional en las partes demandas por otra razón: excluye del acceso a la GPM al trabajador que tenga fuentes de ingreso propias que le permitan subsistir con un salario mínimo mensual al momento de cumplir los requisitos para pensionarse.

En efecto, si el trabajador alcanzó la edad y cotizó las semanas requeridas en el RAIS, pero obtiene ingresos de un arriendo o de otra renta propia de otra fuente ajena a la seguridad social pero equivalente a un salario mínimo, el artículo 84 prohíbe que acceda a una pensión. El trabajador tiene la carga de mantenerse durante la tercera edad por sí mismo con ese arriendo o renta de otra fuente ajena a la seguridad social, sin que la GPM le permita obtener una pensión que reconozca su trabajo fruto de su esfuerzo durante décadas. Esta carga impacta tres aspectos fundamentales del trabajador.

Primero, es contraria al derecho fundamental del trabajador a la pensión porque desconoce el carácter subjetivo e independiente de este derecho al permitir que se incluyan otras remuneraciones que en nada dependen del ahorro hecho durante toda una vida de trabajo.

Segundo, es manifiestamente desproporcionada sobre el trabajador de la tercera edad, porque le impone la carga de financiarse a sí mismo la pensión, ya que de llegar a tener un ingreso de renta por cualquier concepto que supere el salario mínimo mensual, no podrá ser beneficiario de la GPM.

Tercero, expone al trabajador a un alto riesgo. Después de que se le ha negado el acceso a la GPM en el evento en que por concepto de una o varias “rentas” el trabajador devengue un ingreso ligeramente superior al salario mínimo, le es negada para siempre la protección de gozar de una pensión. Esta situación genera el riesgo, si las rentas desaparecen o se tornan insuficientes, por ejemplo, por razones de extralonguevidad, de quedarse en el futuro sin medios de subsistencia dignos cuando por su edad es más vulnerable y le será muy difícil encontrar trabajo. Lo anterior, aplica de igual manera para la expresión “remuneraciones”.

Ciertamente esta es una carga manifiestamente inconstitucional porque crea situaciones desproporcionadas para el trabajador de bajos recursos. Al ser la sumatoria de sus ingresos tan solo superiores a un salario mínimo, resultan insuficientes para garantizar la vida digna de él y las personas que dependen de este. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que las condiciones materiales para asegurar el mínimo vital no es igual para todas las personas por lo que se debe evaluar cada caso en particular. En la sentencia T-1207 de 2005 (M.P. Jaime

Aratujo Rentería) la Corte sostuvo que *“el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”*

Por ejemplo, un trabajador afiliado al RAIS que no logre alcanzar a cotizar para una pensión mínima mensual, pero que a su vez reciba una renta de una pieza que arrienda de su vivienda y una remuneración que recibe por labores distintas que desarrolla a su trabajo habitual para poder cubrir sus necesidades y la de su familia quien depende económicamente de él, genera en total un ingreso tan solo superior al salario legal mensual que es insuficiente para suplir todas los requerimientos del hogar. La anterior situación es aún más grave si se tiene en cuenta que posiblemente algunos de los ingresos diferentes a la pensión pueden desaparecer. Verbigracia el caso en el cual se le niega la GPM al trabajador que recibe, por la sumatoria de la pensión y un arriendo de un inmueble, más de un salario mínimo. Pero si años después el arrendatario se va del inmueble, y el propietario del bien dura meses o quizás años sin poder arrendar el bien, no recibe ingresos para subsistir. Lo mismo sucede si al trabajador se le niega la GPM porque su beneficiaria está laborando, pero tiempo después ésta última se queda sin trabajo, y el trabajador queda con la carga de suplir las necesidades de ambos, las cuales no se satisfacen debido al bajo ingreso del trabajador que ni siquiera alcanza el salario mínimo.

Así, a los trabajadores que se encuentran en estas situaciones en las cuales dependen de diferentes fuentes de ingreso para poder vivir en condiciones dignas, se les restringe en todo caso de manera significativa la posibilidad de acceder a la GPM. En virtud de la excepción que establece el artículo 84, se les impide a los trabajadores obtener una protección de la cual deberían ser merecedores para garantizar su derecho a la pensión, y evitar situaciones de total desamparo a estos sujetos de especial protección constitucional.

Por los motivos anteriormente expuestos, es necesario que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de la inexecutable de los apartes demandados para que se detenga la vulneración del derecho subjetivo de aquellas personas bien sea afiliadas o pensionadas que por diferentes circunstancias, a pesar de tener como sujetos individuales el derecho a acceder a la pensión mínima, no pueden acceder a ésta ya que, por el mandato de la norma, se condiciona este acceso al resultado de la sumatoria de diferentes ingresos inclusive recibidos por terceros diferentes al titular del derecho.

C. El carácter excepcional de la norma supone de manera errónea que la única persona que tiene la necesidad de acceder a la garantía de pensión mínima es el afiliado

Como se mencionó anteriormente, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 usa el término de “los afiliados o sus beneficiarios” lo cual excluye por completo a los pensionados de dicha posibilidad.

Al ser el artículo 84 una excepción a la norma general, que también solo protege a los “afiliados”, refuerza la desigualdad frente a las personas que ya están pensionadas y no gozan del status de “afiliado”. Es decir, la norma supone que el único que tiene la necesidad de acceder a la GPM es el afiliado. Es oportuno aclarar que el “afiliado” dentro del articulado de la Ley 100 de 1993 tiene una acepción expresa: se refiere al trabajador que está afiliado y no ha recibido la pensión (artículo 107). Sin embargo, a través de la presente demanda se alega que desde el punto de vista material lo esencial es el trabajador que está afiliado al sistema de pensiones. El trabajador que

recibe la pensión no se desafilia del sistema pensional ni deja de recibir la protección del sistema. Por eso, la expresión "afiliado", tomada en sentido literal y opuesto a la noción de pensionado, conduce a excluir a los trabajadores de la protección de sus derechos constitucionales.

Tal como se mostrará más a fondo en la Sección VII de la presente demanda, no solo los afiliados entendidos éstos como aquellos que están afiliados pero no han sido pensionados, deberían poder acceder a la GPM, sino también aquellos pensionados que estén en el régimen de capitalización y disfruten de una pensión en la modalidad de retiro programado, pero que por razones de indexación de la mesada o extra-longevidad se descapitalizan, obteniendo inevitablemente, si dependen exclusivamente del capital ahorrado, una pensión inferior al salario mínimo, lo cual está prohibido por la Constitución y ley. El riesgo que esta situación se produzca es mayor cuando la persona tiene recursos levemente superiores a los exigidos para obtener una pensión mínima pero no tantos como "comprar" una renta vitalicia de una aseguradora.

El número de personas que se encuentran en esta situación - v.gr. tener un capital ahorrado que no les alcanza para acceder a una renta vitalicia- es mayor después de que el llamado "mercado de rentas vitalicias" está "seco". Las personas no tienen más opción que la de acogerse a la modalidad de retiro programado en el RAIS, ya que la posibilidad de acceder a una renta vitalicia ofrecida por la aseguradora depende de precios tan elevados para comprar la renta vitalicia que en realidad el capital ahorrado es insuficiente. Esto es particularmente cierto para las rentas vitalicias cercanas a un salario mínimo, dado que es imposible tasar anticipadamente el valor que tendrá el salario mínimo en el futuro, y la incertidumbre sobre ese valor aumenta considerablemente el costo de la renta vitalicia. Por lo tanto, las personas se ven obligadas a optar por una pensión de retiro programado, a pesar de que sus ahorros no hacen aconsejable que opte por esta modalidad pensional.

Los dos riesgos fundamentales de una pensión en la modalidad de retiro programado son la descapitalización que se da debido incremento anual del salario mínimo y la extra-longevidad. Por ejemplo, si un hombre se pensionó a los 62 años de edad con una mesada de 1.2 smmlv, recibe ese valor de la mesada durante un año, el 1 de enero del año siguiente debe recalcularse su mesada, no sólo con base en su edad, y beneficiarios, sino también teniendo en cuenta el incremento anual del salario mínimo. Si el incremento del salario mínimo es superior a la inflación, al cabo de pocos años, su capital alcanzará apenas para financiar una pensión mínima. Dado que no hay un mercado de rentas vitalicias que le permitan pasarse a esa modalidad de pensión, los riesgos de extralongevidad y descapitalización los debe asumir el pensionado contra su cuenta de ahorro individual, sin que pueda acudir a la GPM para contar con la seguridad de una pensión vitalicia, porque la norma demandada excluye a los pensionados de esa garantía, a pesar de que hicieron aportes sustanciales para su financiación.

Algo similar ocurre con el riesgo de extra longevidad. La mesada pensional en retiro programado se calcula teniendo en cuenta la edad de afiliado y sus beneficiarios, y se tienen en cuenta las tablas de mortalidad vigentes. Si se supera el límite de expectativa de vida, o se cambian las tablas de mortalidad, dado que el capital existente en la cuenta de ahorro individual se desacumuló teniendo en cuenta la previsión de esas tablas, en el momento de mayor edad, el pensionado se encuentra manifiestamente desprotegido en la medida en que su capital ya no es suficiente para financiar una pensión mínima ni tampoco le permite comprar una renta vitalicia para trasladar el riesgo de extralongevidad a la aseguradora. Dado que la norma demandada excluye a este

pensionado, por no encontrarse dentro del concepto de "afiliados," no se puede hacer beneficiario de dicha garantía, que le permitiría gozar de una pensión vitalicia, en la etapa de su vida en la que más la necesita.

En este sentido, debido a que la norma establece de manera expresa que no habrá lugar a la GPM "Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios" sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, viola de manera clara el derecho a la pensión de las personas que ya se encuentran pensionadas puesto que supone que las únicas personas que requieren de esta garantía son los "afiliados", lo que genera también una desigualdad de oportunidades contraria al artículo 13 de la Constitución.

En conclusión, el Estado Colombiano tiene la obligación general de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho a la pensión la cual se ve incumplida por el artículo 84 de la Ley 100 de 1993. Los apartados demandados de la norma no solo desconocen el carácter subjetivo del derecho a la pensión, estableciendo barreras de acceso irrazonables y desproporcionadas, sino que además excluye por completo a los pensionados del RAIS que requieran de esa garantía para contar con una pensión vitalicia mínima.

VII. Cargos contra el artículo 65

A continuación se procede a desarrollar cada uno de los cargos dirigidos contra el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Se precisará

[A] cómo el artículo 65 impone la carga a todos los trabajadores afiliados al RAIS a financiar el FGPM con parte de los recursos que ahorraron durante toda su vida, sin tener al final la posibilidad de acceder a esta garantía, así la requiera con necesidad. Además,

[B] cómo la norma protege únicamente a los "afiliados" y no a los pensionados, impone una exclusión absoluta de acceso a la GPM a las personas que trabajaron durante décadas y hacen parte del sistema, pero por ser pensionados carecen de protección. Dicha exclusión absoluta,

[1] es contraria a los principios de solidaridad y universalidad. De igual manera,

[2] traiciona la confianza legítima de las personas que contribuyeron económicamente a lo largo de su vida laboral con la expectativa de buena fe de que podrían acceder a la garantía ante la imposibilidad de financiar con su propio capital la mesada pensional,

[3] transgrede el derecho al mínimo vital, creando situaciones de desprotección que impiden condiciones de vida digna, e

[4] impide el goce efectivo del derecho a la pensión de los trabajadores pensionados que por razones ajenas a su voluntad se han descapitalizado. Por último,

[5] clasifica de manera manifiestamente inconstitucional a las personas con derecho a pensión en dos grupos: afiliados y pensionados, desconociendo la especial protección constitucional de estos últimos y la igualdad de oportunidades que deberían tener respecto de los afiliados.

De manera preliminar es necesario aclarar que en la presente sección no se busca comparar los dos regímenes del sistema de pensiones colombiano, ni mucho menos se pretende que estos sean equiparados.

La finalidad de los argumentos que se presentarán a continuación es la poner en evidencia la clara vulneración de los derechos de los pensionados del RAIS frente al acceso a la GPM, al igual que la violación de igualdad de oportunidades y de protección de estos sujetos frente a los "afiliados" del RAIS.

- A. La norma demandada viola el derecho a la pensión del trabajador dentro del régimen de ahorro individual que necesita acceder a la garantía de pensión mínima, porque le impone la carga de financiar el FGPM con los recursos que ahorró durante toda su vida sin tener al final la posibilidad de acceder a esta garantía si se descapitaliza como consecuencia de riesgos ajenos a su voluntad

Como se mencionó en la Sección V de la presente demanda, en el RAIS las personas tienen la posibilidad de elegir tres modalidades de pensión, v.gr. renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.⁴⁶ En, en la actualidad un porcentaje significativo de personas hace parte de la modalidad de retiro programado, la cual se caracteriza básicamente porque (i) el afiliado obtiene una pensión administrada por la AFP con cargo a su cuenta de ahorro individual (aportes y rendimientos y bono, si hay lugar a); (ii) el monto de la pensión es el resultado de dividir el saldo anual de la cuenta de ahorro individual por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y, fallecido éste, para sus beneficiarios; (iii) la pensión mensual corresponde a la doceava parte de dicha anualidad; (iv) en ningún caso, la pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y, (v) en el evento en que el afiliado no tenga beneficiarios o en ausencia de causahabientes, el saldo de su cuenta de ahorro aumentará la masa sucesoral, o en su defecto, se destinará a la financiación de pensiones mínimas.⁴⁷

En la actualidad, en la modalidad de retiro programado son dos los grupos poblacionales que no cuentan con un capital suficiente para financiar una pensión mínima de vejez. Por un lado, aquellos que, completando los requisitos de edad y semanas, a pesar de no tener capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión mínima, se encuentran inmersos en alguna de las excepciones establecidas por el artículo 84 de la Ley 100, excluyéndolos del acceso a la GPM, por lo cual su única salida es la devolución de saldos: en este evento no tiene acceso a pensión y queda totalmente desprotegido.⁴⁸

Por otro lado, aquellos que, cumpliendo también con los requisitos de edad y semanas, por la cercanía del capital de su cuenta de ahorro individual con el monto necesario para financiar una pensión mínima, se encuentran en grave riesgo de descapitalización y de imposibilidad de

⁴⁶ Artículo 79, Ley 100 de 1993.

⁴⁷ Sentencia T-1052 de 2008.

⁴⁸ Mediante la Resolución 3099 de 2015, el Ministerio de Hacienda definió una nueva fórmula para el cálculo del valor de la pensión mínima de vejez

continuar devengando una pensión mínima en un corto plazo, lo cual puede ocurrir por el incremento anual del salario mínimo, por los riesgos del mercado, por cambios en los beneficiarios y por la ausencia de un mercado de rentas vitalicias mínimas.

Esta situación de riesgo no se puede ver de forma aislada, sino que se debe evaluar a la luz de la estructuración del sistema, y de las obligaciones a cargo del afiliado, toda vez que resulta incoherente que a pesar de que este último sujeto haya aportado durante toda su vida laboral parte de su cotización para la financiación de la GPM, se le impida gozar de dicha garantía cuando así lo requiera. Máxime cuando los ingresos del fondo son cada vez mayores en donde en un periodo de 7 años pasó de tener un valor de \$1.6 billones de pesos en el 2006, a \$14.4 billones de pesos en junio de 2016.⁴⁹

Como se abordará más a fondo en la Sección VIII de la presente demanda, en la actualidad el 1.5% de los aportes de cada trabajador no se destinan a su cuenta de ahorro individual, donde los recursos siguen siendo de su propiedad para acumular los recursos necesarios para obtener su pensión, sino a financiar el GPM. Así, si se tiene en cuenta que existen dos grupos específicos de la población que se encuentran en riesgo de no obtener la pensión mínima por causas ajenas a su voluntad, la imposibilidad de acceder a dicha garantía desconoce la naturaleza misma de la pensión, como un ahorro presente para financiar un ingreso futuro, según lo ha establecido jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además, desprotege al pensionado que deja de recibir la mesada durante los últimos años de su vida. Es también un obstáculo al goce efectivo del derecho a la pensión.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU430 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) afirmó con relación al derecho a la pensión que, *“Se trata, entonces, de un derecho adquirido por el trabajador; aquel que se causa a favor de la persona que ha reunido los requisitos elementales para acceder a la pensión de vejez, luego de haber realizado un “ahorro forzoso” durante gran parte de su vida, teniendo, en consecuencia, el derecho a recibir tal prestación, con el único fin de llegar a la tercera edad y vivir dignamente, acorde con su esfuerzo laboral pasado.”* (Destacado fuera del texto)

Por tanto, se trata de un derecho de la persona que durante toda su vida ha hecho un esfuerzo por asegurar para su futuro condiciones dignas de vida a través de este ahorro forzoso, razón por la cual resulta manifiestamente inconstitucional que por razones ajenas a su voluntad, se le prive del derecho de acceso a esta GPM.

Como bien lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), reiterada posteriormente en la sentencia T-1016 de 200 (M.P. Alejandro Martínez

⁴⁹ Según la información reportadas por las Administradoras de Pensiones a la Superintendencia Financiera, para el año 2015 el valor del FGPM era de \$13.4 billones de pesos y para junio de 2016 (última cifra disponible) el valor es de \$14.4 billones de pesos. El valor del Fondo de Garantía de Pensión Mínima es publicado mensualmente por la Superintendencia Financiera de Colombia. La información está en la sección de Fondos de Pensiones Obligatoria, para antes del 2015 se encuentra en los Estados Financieros – COLGAAP (cuenta 391000) y para 2015 en adelante en la Información Financiera con Fines de Supervisión – NIIF (cuenta 3340230). Ver link: <https://www.superfinanciera.gov.co/isp/loader.jsf?iServicio=Publicaciones&iTipo=publicaciones&iFuncion=loadContenidoPublicacion&iid=61153>.

Caballero) *"esta prestación no es gratuita ni menos una dádiva que generosamente da una entidad administradora, se trata de un verdadero derecho adquirido que protege la Constitución Política para que cuando el ser humano llegue a la edad de jubilación exigida por la ley, pueda descansar y, además, según el caso, seguir respondiendo a las necesidades de su familia."* (Destacado fuera del texto)

La jurisprudencia constitucional también ha resaltado que el derecho a la pensión es un derecho del trabajador, protegido por el artículo 53 de la Constitución.

El segundo inciso del artículo 53 de manera clara preceptúa, como consecuencia del principio mínimo de la *"garantía a la seguridad social"* que el *"El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales."* (Destacado fuera del texto)

Por eso la Corte Constitucional ha resaltado que el derecho a la pensión es un reconocimiento al trabajo, es decir, al esfuerzo constante y sostenido durante décadas realizado por un trabajador. La Corte Constitucional en las sentencia T-452 de 1992 (M.P. Jaime Sanin Greiffenstein) reiterada posteriormente en la sentencia T-1752 de 2000 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), sostuvo que este derecho es un reconocimiento al trabajo realizado por el individuo que *"implica reconocer su relación con el derecho al trabajo, en particular, con el reconocimiento del trabajo. La pensión de jubilación no es una simple caridad que se hace a las personas por el simple hecho de haber llegado a determinada edad, sino una contraprestación a la contribución que hizo durante su vida poniendo a disposición de la sociedad su fuerza laboral."* (Destacado fuera del texto)

La norma acusada clasifica a los trabajadores en dos grupos: afiliados y pensionados. En realidad se trata de la misma persona en momentos diferentes. En una primera etapa, como afiliado, trabaja y ahorra para financiar su pensión en el futuro. En una segunda etapa, cuando cumplió los requisitos de ley, recibe los beneficios de su propio ahorro, los cuales se materializan en el acceso a una pensión y en el goce efectivo de la misma.

La categoría de pensionado no tiene el efecto de sacar a la persona del sistema de pensiones ni de desprotegerlo. Tampoco tiene la virtud de borrar el rasgo esencial que caracteriza a esta persona, verbigracia, haber sido un trabajador que con esfuerzo postergó el goce de parte de su salario con el fin de poder disfrutar luego, durante los últimos años de su vida, de un ingreso digno.

Así mismo, es necesario establecer que la finalidad del aporte de las personas del RAIS para la financiación de la GPM, era garantizar que el Estado completaría el capital faltante para financiar una pensión mínima, a todos los trabajadores aportantes; no que haría más oneroso para el afiliado al RAIS el adquirir una pensión. Estos menores recursos en la cuenta de ahorro individual, implican que el afiliado tendrá que hacer más esfuerzo (más cotizaciones para completar y mantener el capital necesario para financiar una pensión), lo que genera cargas manifiestamente inconstitucionales puesto que los trabajadores aportantes antes de poder ayudar a otras personas para que tengan acceso a dicha pensión, deben estar en la capacidad de acceder a la misma debido a sus condiciones económicas. La norma le exige ser solidario con los demás, sacrificando su derecho a la pensión, y lo excluye de la posibilidad de que el sistema sea solidario con él, cuando lo necesite.

En este sentido, la el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 viola el derecho a la pensión del trabajador dentro del RAIS que necesita acceder a la GPM, porque le impone la carga de financiar la GPM con los recursos que ahorró durante toda su vida sin tener al final la posibilidad de acceder a esta garantía si se descapitaliza como consecuencia de riesgos ajenos a su voluntad estando en las situaciones descritas anteriormente. De este modo la norma transgrede de manera clara los artículos 48 y 53 de la Constitución, al desconocer que el derecho a la pensión, es un reconocimiento al trabajo realizado durante toda una vida, y no una simple dádiva del Estado, aún más cuando de su propio esfuerzo e ingreso ha realizado un aporte para financiar la GPM.

Así, dado que la Ley 100 de 1993 estableció para los dos regímenes la posibilidad de acceso a la GPM, es imprescindible que para permitir el goce efectivo de este derecho y del derecho a la seguridad social, se le permita acceder a la GPM a los trabajadores pensionados que se han descapitalizado por razones ajenas a su voluntad y por supuesto ajenas a la voluntad de las AFP (puesto que tanto el incremento salarial como la extralongevidad son condiciones que no se pueden controlar pero que sí afectan de manera directa su derecho pensional.) Es decir, esta garantía debe también cobijar a quienes, por haberse descapitalizado como consecuencia de riesgos ajenos a su voluntad y órbita de control, no cuentan con capital suficiente para continuar financiando su pensión ni adquirir una renta mínima. Cabe aclarar que deben ser beneficiarios de dicha garantía no solo quienes acrediten el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo que establece la norma al momento de pensionarse, sino de aquellos que estando pensionados no pueden financiarse una pensión mínima. Ambos son y fueron trabajadores protegidos por el derecho a la seguridad social. Lo anterior implica además del derecho de la persona a acceder a una prestación, la garantía de que la misma le va a ser pagada por los menos en los montos mínimos establecidos por la Ley.

- B. La cobertura de la norma que protege únicamente a los trabajadores "afiliados" y no a los trabajadores pensionados es manifiestamente inconstitucional porque impone una barrera de acceso insalvable a la garantía de pensión mínima a las personas que hacen parte del sistema
1. La barrera que impone la norma desconoce los principios de solidaridad y universalidad

La figura de la garantía de pensión mínima en el RAIS es un mecanismo que busca asegurar condiciones de vida digna para las personas de menores ingresos, cuando su ahorro y rendimientos no les permitan financiar una pensión de salario mínimo. Esta figura, como bien se manifiesta de manera expresa en la norma, desarrolla el principio constitucional de solidaridad.

En consonancia con esto, el legislador consagró en varias disposiciones de la Ley 100 de 1993 que ninguna pensión debía ser inferior al salario mínimo, como en los artículos 14⁵⁰ y 35,⁵¹ y

⁵⁰Ley 100 de 1993. Artículo. 14.- Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno. (...)"

estableció obligación estatal de "aportar los recursos necesarios" para garantizar pensiones mínimas, cuando "la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes."⁵²

No obstante, como se ha explicado a lo largo de la presente demanda, esta obligación no se cumple, porque hay eventos en los que a pesar de haber reunido el trabajador los requerimientos de edad y tiempo laborado y de haber realizado aportes obligatorios a la GPM, sacrificando su propio ahorro pensional, al ser personas ya pensionadas, no tienen la garantía de gozar de manera vitalicia de una pensión, así sea mínima. Aun cuando el legislador previó que la posibilidad de gozar de una pensión mínima era factible obligando al pensionado, cuando su capital disminuyera, a continuar pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia, la ausencia de un mercado de rentas vitalicias, especialmente de salario mínimo, dejó a los pensionados en retiro programado sin la posibilidad de gozar de una pensión vitalicia. Factores como la descapitalización, el incremento anual del salario mínimo y la extralongevidad, son una amenaza cierta a sus derechos, pues se encuentran privados de la posibilidad de acceder a la GPM, ya que no se encuentran en el presupuesto de "afiliados" que establece el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

En este sentido, en primer lugar la norma viola el principio de solidaridad en la medida en que la GPM le es negada al trabajador pensionado, es decir, a la persona de la tercera edad que por haber podido acceder a una pensión en algún momento, se le niega la posibilidad de recibir ayuda para continuar gozando de una mesada en los últimos años de su vida, cuando por su elevada edad su reingreso al mercado laboral para iniciar una nueva carrera es muy improbable y resultaría imposible volver a acumular un capital que le permitiera financiar durante años adicionales la pensión.

Además, este principio se ve transgredido en la medida en que del lado del trabajador la solidaridad del régimen de capitalización se materializa en el cumplimiento de una carga de manera continua y permanente durante toda la etapa de acumulación puesto que el 1.5% de cada aporte mensual efectuado por el trabajador es destinado a financiar la GPM. En cambio, durante la etapa en que el trabajador recibe una pensión, la solidaridad es olvidada completamente. Si el trabajador pensionado necesita acceder a la GPM, la norma acusada lo impide. La solidaridad opera en un solo sentido para el trabajador pensionado: debe ser solidario con otros cuando es trabajador, pero no recibe solidaridad alguna cuando es pensionado y se ha descapitalizado por razones ajenas a su voluntad y órbita de control como resultado del incremento anual del salario mínimo o de su extra-longevidad.

⁵¹Ley 100 de 1993. Artículo. 35.- Pensión mínima de vejez o jubilación. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

⁵²Ley 100 de 1993, Artículo 60.-Características. El régimen de ahorro individual con solidaridad tendrá las siguientes características: || a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar; || (...) i) En desarrollo del principio de solidaridad, el Estado aportará los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, y aquéllos cumplan las condiciones requeridas para el efecto. (...)."

Adicionalmente, a pesar de que del lado del trabajador la carga de la solidaridad es continua y permanente, del lado del Estado la solidaridad es recortada a un solo instante – vr.gr. el momento en que el trabajador solicita acceder a la pensión. En efecto, sólo en el momento en que el trabajador va a acceder por primera vez a la pensión tiene la condición de afiliado por lo cual puede solicitar acceso a la GPM. Pasado ese instante, el trabajador nunca más podrá acceder a la GPM. En efecto, si luego de haber obtenido sin solidaridad alguna una pensión financiada con su propio ahorro cercana a un salario mínimo, la cuenta del trabajador pensionado se descapitaliza y este deja de recibir la mesada, el Estado le niega la posibilidad de solicitar la garantía. Sin embargo, es precisamente en esta situación en donde realmente debería materializarse esa solidaridad puesto que el trabajador pensionado y descapitalizado se encuentra en alto grado de vulnerabilidad y necesidad sin ninguna alternativa a su alcance.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido clara en definir en qué consiste el principio de solidaridad. En la sentencia C-086 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) reiterada por la sentencia C-760 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) la Corte sostuvo que *“La solidaridad es la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.”* (Destacado fuera del texto)

De igual manera, la Alta Corporación ha resaltado la importancia de este principio respecto del derecho a la seguridad social, y por conexidad, necesariamente con el derecho a la pensión. En la sentencia C-1187 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz) afirmó,

“El derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales. El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación múltiples veces, permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. El principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias.” (Destacado fuera del texto).

Posteriormente, en la sentencia C-760 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) la Corte afirmó respecto del principio de solidaridad en el sistema de seguridad social de pensiones que *“El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema.”* (Destacado fuera del texto)

En este sentido, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en múltiples sentencias,⁵³ el principio de solidaridad no solo vincula a los particulares sino al Estado que está comprometido a prestar el apoyo necesario para que los individuos alcancen el goce efectivo de sus derechos.⁵⁴ Y si bien el legislador tiene un margen de discrecionalidad suficientemente amplio para desarrollar el postulado de primacía de interés general, de acuerdo con las necesidades sociales, en todo caso “las medidas dirigidas a garantizar estos principios deben ser razonables, resultado de la ponderación entre los bienes constitucionales protegidos –reconocimiento del trabajo por una parte, y eficiencia y solidaridad por la otra.”⁵⁵ (Destacado fuera del texto)

Así, a pesar del margen de configuración que posee el legislador para regular la seguridad social, la Constitución “ha establecido unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social. Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal como de carácter material, señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad.”⁵⁶ Razón por la cual, la potestad del legislador debe someterse entre otras a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁵⁷

Por lo tanto, el artículo 65 transgrede el principio de solidaridad, en la medida en que al trabajador pensionado se le niega completamente la solidaridad proveniente de la GPM. Esto es aún más grave puesto que las cargas de cotización para la financiación de la GPM son permanentes, individuales, obligatorias y ciertas para el trabajador, mientras que el acceso a las eventuales protecciones de la solidaridad para el trabajador después de pensionado es coyuntural, momentánea e incierta, puesto que obedece a factores aleatorios ajenos al individuo como la extra-longevidad, o el incremento del salario mínimo o la inflación.

Si bien es cierto que la ley siempre ha usado la expresión “afiliado” y en ese sentido no hay un cambio abrupto en el texto del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, las cargas de solidaridad impuestas a los trabajadores vinculados al RAIS, se han hecho más gravosas.

Antes de la reforma al artículo 20 la carga de solidaridad que recaía sobre el trabajador estaba circunscrita a aquellos que tenían un ingreso igual o superior a cuatro salarios mínimos. Como ya se anotó en el año 2003 se creó una nueva carga para los trabajadores que tienen ingresos salariales inferiores, es decir, para los trabajadores que tienen la mayor probabilidad de llegar una situación en la cual requieren del acceso a la GPM a la espera de la materialización del principio de solidaridad, y a los trabajadores que devenguen mayores salarios se les impuso una doble carga de solidaridad: contribuir con un porcentaje de 1% o 2% al Fondo de Solidaridad y contribuir a la financiación de la GPM con el 1,5% de sus aportes mensuales.

⁵³ Al respecto, ver Sentencias Al respecto, ver Sentencias C-155 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-739 del 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-760 de 2004 (Rodrigo Uprimny Yepes), sentencia C-032 del 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁵⁴ Sentencia C-529 de 2010, (Mauricio González Cuervo)

⁵⁵ Sentencia T-1752 de 2000, (M.P. Cristina Pardo Schlesinger)

⁵⁶ Sentencia C-336 de 2008, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁵⁷ Sentencia C-336 de 2008, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

No obstante, la interpretación literal restrictiva del artículo 65 la cual excluye a los pensionados de acceder a esta garantía, es contraria al entendimiento de que la garantía provendría de la solidaridad con el que cumplió los requisitos para acceder a la pensión, y dicha interpretación conlleva a que el pensionado quede desamparado en su vejez. Es decir, que el elemento de solidaridad previsto para el sistema se torna inoperante cuando el trabajador pensionado no tiene ingresos suficientes para financiarse la pensión mínima, pero la norma no le permite que acceda a la GPM a pesar de haber aportado para la misma.

Por otro lado, respecto del principio de universalidad, en la sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte Constitucional precisó los aspectos que este cobija - dentro del derecho a la seguridad social. Precisó que,

“Según el principio de universalidad, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables–, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.” (Destacado fuera del texto)

En virtud de dicho principio, la Corte en la sentencia T-774 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) precisó que *“cuando se genera un estado de necesidad social o económica derivado de una situación de orfandad o del menoscabo permanente de la capacidad laboral en virtud del padecimiento de un estado invalidante o el arribo a una avanzada edad, se activa la obligación estatal de brindar seguridad en los ingresos a las personas que lo requieran.”* (Destacado fuera del texto)

Por otro lado, en la sentencia C-1141 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto), se resaltó la importancia de erradicar cualquier tipo de trato discriminatorio sobre este derecho, afirmando que *“el diseño y funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta, en la medida en que su implementación sigue el compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización plena de la dignidad humana”* (Destacado fuera del texto).

Esta obligación fue reiterada posteriormente en la sentencia T-748 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada posteriormente en las sentencias T- 360 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-483 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en donde la Corte destacó la necesidad de reconocer este derecho sin crear ningún tipo de barreras que deriven en un trato discriminatorio en este grupo de personas que son sujetos de especial protección constitucional. En la mencionada decisión la Alta Corporación afirmó que *“el derecho a la pensión de vejez debe ser reconocido a todas las personas que acrediten los requisitos establecidos en la ley aplicable al caso concreto, y no puede ser protegido exclusivamente a determinadas personas, porque un trato diferenciado de esta naturaleza, en virtud del carácter universal del derecho, carecería de*

justificación constitucional, y se tornaría por tanto en un trato discriminatorio." (Destacado fuera del texto)

Por lo tanto, como lo manifestó la Corte Constitucional "*La universalidad implica entonces, que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad.*"⁵⁸

El artículo 65 acusado sólo protege al trabajador afiliado al RAIS en la etapa de acumulación, en contravía del principio de universalidad. Deja de protegerlo cuando es trabajador pensionado, es decir, en la etapa de su vida cuando la cobertura del sistema pensional debería ser efectiva puesto que el trabajador depende de la pensión para sobrevivir dignamente.

En contravía del principio de universalidad, el artículo 65 desprotege a ciertos grupos de trabajadores por el solo hecho de ser trabajadores pensionados. En particular, la norma desfavorece a aquellos afiliados que a pesar de haber ahorrado un poco más para su pensión, por causas ajenas a su voluntad tales como la descapitalización acelerada de la cuenta de ahorro individual por el incremento anual del salario mínimo por encima del IPC, la extralongevidad, y/o, las fallas del mercado o por la inexistencia de un mercado de rentas vitalicias mínimas, no cuenta con recursos suficientes para asegurar el pago de una pensión mínima. Estos grupos de trabajadores deberían estar cobijados por la protección de la GPM.

Precisamente, el artículo demandado genera una situación más desfavorable para este sujeto. Al crearse situaciones que desmejoran el status del trabajador pensionado se "*desconoce la efectividad del derecho a la pensión de una persona que cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la condición de jubilado, afectándose con ello sus derechos constitucionales al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social.*"⁵⁹

Por tanto, permitir el acceso a la GPM a las personas que por razones ajenas a su voluntad se han descapitalizado y hacen parte del RAIS en la modalidad de retiro programado, permitiría un mayor número de personas que no tiene la posibilidad ni el acceso de alcanzar una pensión mínima puedan hacerlo, permitiéndole que obtengan la satisfacción de sus intereses básicos a través de esta garantía, en pleno cumplimiento de los principios de solidaridad y universalidad.

2. La barrera impuesta por la norma traiciona la buena fe y la confianza legítima de los trabajadores que contribuyeron económicamente a lo largo de su vida laboral, con la expectativa de buena fe de que podrían acceder a la garantía ante la imposibilidad de financiar con su propio capital la mesada pensional

El artículo 65 acusado le promete al trabajador que si reúne los requisitos para acceder a la pensión, pero los recursos ahorrados con su esfuerzo durante su vida laboral son insuficientes para obtener una pensión equivalente a un salario mínimo, el estado lo protegerá mediante la figura de la garantía de pensión mínima. Es lo que de buena fe cree cualquier trabajador dentro del

⁵⁸ Sentencia C-543 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁵⁹ Sentencia T-711 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

RAIS. Cualquier trabajador también piensa que una vez que ha recibido una pensión ésta se mantendrá hasta que muera puesto que precisamente la función de la pensión es garantizarle un ingreso cuando se encuentra en una etapa de la vida en la cual la persona ya no puede trabajar.

Sin embargo, el artículo 65 encierra una traición de la buena fe del trabajador y de la confianza legítima del mismo en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Sin decirlo expresamente, la norma acusada excluye del acceso a la GPM al trabajador que después de haber recibido durante un período su pensión, su cuenta de ahorro individual se ha desacumulado y descapitalizado al punto de que no es posible garantizarle una pensión mínima, dejará de recibir una mesada en los años finales de su vida ante la ausencia de rentas vitalicias y de acceso a la garantía de pensión mínima, lo cual puede ocurrir de manera abrupta e irreversible. Esa traición se encuentra materializada en una palabra: afiliado.

El trabajador pensionado que acuda a solicitar acceso a la GPM no podrá acceder a ella. De nada le servirá alegar que pronto dejará de recibir una mesada o que se ha quedado sin mesada. De nada le servirá sostener que el cambio en las circunstancias es demasiado abrupto puesto que de un día para otro dejará de recibir una mesada. De nada le servirá alegar que tenía plena confianza en que su pensión sería estable en el tiempo manteniendo el poder adquisitivo que le permitiría subsistir dignamente. El artículo 65 ordena responderle al trabajador pensionado: Usted cumple los requisitos de edad y tiempo de cotización para recibir una mesada pensional, pero ya no es un afiliado. La GPM es sólo para los afiliados. Por haberse pensionado, ha perdido la protección del sistema dirigida a garantizar una pensión mínima segura y estable.

El trabajador ha sido escindido en dos categorías jurídicas: afiliado y pensionado. Paradójicamente, el trabajador pensionado, es decir, el que requiere mayor protección, no goza de estabilidad en su pensión en virtud de esa escisión.

Carece de seguridad jurídica, se traiciona su buena fe y se le cambian abruptamente las circunstancias, porque la expresión afiliado se considera excluyente de la condición de pensionado. El trabajador pensionado deja de ser considerado afiliado. Desde el punto de vista técnico esta clasificación jurídica cumple funciones útiles, pero desde el punto de vista material constitucional es contrario al principio de buena fe y al principio de confianza legítima impedir que el trabajador, que aportó obligatoriamente para financiar la GPM, acceda a la garantía de pensión mínima cuando más la necesita y se encuentra en el mayor grado de vulnerabilidad.

La GPM es un elemento esencial del RAIS, el cual se ha construido con los aportes que realizan los trabajadores a este régimen y subsidiariamente por la garantía estatal. Esta característica del régimen crea en los trabajadores una confianza legítima en que el mecanismo previsto en el RAIS para proteger a los trabajadores de las contingencias que les impiden contar con recursos suficientes para financiar una pensión vitalicia de salario mínimo, operará efectivamente cuando se presente la circunstancia de insuficiencia de recursos para financiar una pensión mínima.

Sin embargo, como se ha explicado en las Sección VII A de la presente demanda, existen ciertos grupos de trabajadores que no gozan de esta garantía debido a circunstancias ajenas a su voluntad y a las limitaciones que impone la norma acusada, lo cual transgrede de manera clara su buena fe y la confianza legítima de estos trabajadores que cotizaron al sistema con la esperanza de que una

vez recibida una pensión, esta sería estable y le permitirá de manera continua gozar de una mesada para subsistir dignamente.

El principio de buena fe está expresamente protegido por la Constitución y ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

El artículo 83 de la Constitución determina que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas”*. En este sentido, es necesario tener en cuenta que no se trata simplemente de un principio general, por el contrario como lo aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-071 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), *“la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.”*⁶⁰

En cuanto a la definición del principio de buena fe, la sentencia C-1194 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) lo definió *“como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*. En este contexto, *la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*.⁶¹ (Destacado fuera del texto)

A su vez, el principio de confianza legítima se ha consolidado en nuestro ordenamiento constitucional. Por eso, solo se recordaran algunas sentencias y los requisitos que deben reunirse para que se considere que este ha sido desconocido.

Este principio desarrollado por la jurisprudencia alemana y recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965,⁶² encuentra su fundamento en el principio de buena fe y estipula que se deben *“amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.”*⁶³ (Destacado fuera del texto)

Lo anterior debido a que según la jurisprudencia de la Corte, la confianza legítima pretende *“proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades.”*⁶⁴ Por lo tanto, a pesar que se trata de *“situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”*⁶⁵

⁶⁰ Reiterado en la sentencia C-330 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶¹ Reiterado en la sentencia C-551 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).

⁶² Sentencia C-478 de 1998, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁶³ Sentencia C-131 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁶⁴ Sentencia C-478 de 1998, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁶⁵ Sentencia C-478 de 1998, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Este principio no solo ha sido adoptado por la Corte Constitucional sino además, como se mencionó anteriormente, ha sido desarrollado como una expresión del principio de buena fe, en virtud del cual las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a los particulares con sus actuaciones. Es decir *“cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”*⁶⁶ Esto implica que en los cambios de normatividad no se puede desconocer el principio de la confianza legítima, como lo anotó la Corte en la sentencia C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

“No obstante lo anterior, en diversos pronunciamientos esta Corporación ha acogido la doctrina según la cual el legislador, en respeto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que la legislación en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, por supuesto, de que esta confianza legítima impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación.” (Destacado fuera del texto)

Ahora bien, la Alta Corporación en la Sentencia T-576 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) sostuvo que *“El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.”*

De este modo, este principio resalta la importancia del principio de buena fe en la relación entre los particulares y la administración, específicamente en sus dimensiones de confianza legítima y respeto por el acto propio. En desarrollo de los mismos, las autoridades administrativas deben adecuar sus manifestaciones a los imperativos de confianza, honestidad, de manera que los particulares puedan confiar en que la administración no va a alterar súbitamente las condiciones que rigen sus relaciones con los particulares.

De manera particular, con relación al principio de buena fe, la Corte Constitucional en la sentencia T-075 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) sostuvo que la aplicación del principio de la buena fe *“permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida”* (Destacado fuera del texto)

⁶⁶ Sentencia C-289 de 2002, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así, la confianza de buena fe que tienen los trabajadores en que el sistema en virtud del principio de solidaridad y del aporte periódico que realizan durante toda su vida laboral activa, va a cobijarlos a través del acceso a la GPM cuando con sus propios recursos no puedan obtener una pensión mínima, es traicionada por las limitaciones que impone el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que las protecciones de la GPM únicamente se limitan a los afiliados, lo que evita que sean beneficiarios las personas ya pensionadas a pesar de ser trabajadores que recibieron la pensión con la confianza de que podrían disfrutar de manera estable de ella.

En conclusión, la norma demandada impone una barrera de acceso que traiciona la buena fe y la confianza legítima de los trabajadores que contribuyeron económicamente a lo largo de su vida laboral, con la expectativa de buena fe de que podrían acceder a la garantía ante la imposibilidad de financiar con su propio capital la mesada pensional. Por lo tanto, la convicción general de estabilidad del trabajador que durante toda su vida laboral contribuyó para la financiación de la GPM, para que en el evento en el que no tenga las condiciones económicas necesarias para financiar por sí mismo su subsistencia, pudiera tener la posibilidad de acceder a la GPM, se ve quebrantada en la medida en que esta confianza legítima en la protección del sistema, no se materializa cuando se trata de trabajadores ya pensionados.

Por lo tanto, se solicita que la Corte Constitucional declare inexecutable la expresión "afiliados" o que condicione la exequibilidad la norma, bajo el entendido de que la garantía que establece el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, también protege a los pensionados que cumplen los requisitos establecidos en la norma y por razones ajenas a su voluntad se han quedado sin el saldo de capital propio suficiente para continuar recibiendo una mesada igual a un salario mínimo.

3. La barrera impuesta por la norma transgrede el derecho al mínimo vital, creando situaciones de desprotección que impiden condiciones de vida digna

La protección que se establece en el artículo 65 acusado se fundamenta en el aporte obligatorio que realiza el trabajador del RAIS a la GPM. A través del aporte mensual del 1.5% de sus aportes, se pretende la financiación de la GPM para que un mayor número de personas puedan tener acceso a esta garantía y así se pueda proteger el derecho al mínimo vital del trabajador.

Sin embargo, el artículo 65 es manifiestamente contrario al derecho al mínimo vital porque los trabajadores que no están en las condiciones de financiarse una pensión mínima durante la última etapa de su vida y tras haber realizado un esfuerzo durante varios años por obtener una pensión, están imposibilitados de acceder a la GPM al no encajar dentro del precepto de "afiliados" como lo establece la norma. Esta situación, genera que los trabajadores pensionados y las personas que dependen de estos deban vivir en condiciones contrarias a la dignidad humana.

El derecho al mínimo vital ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, razón por la cual sólo se mencionarán algunas de las sentencias que de manera precisa determinan el alcance de este derecho en particular respecto de las personas de la tercera edad.

En primer lugar, el fundamento de este derecho se encuentra en el principio de dignidad humana. El artículo 1 de la Constitución reconoce claramente el principio de dignidad humana estableciendo que "*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.” (Destacado fuera del texto)

Como lo afirmó la Corte a través de la sentencia T-458 de 1997 (Eduardo Cifuentes Muñoz), *“El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.”*

Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado la estrecha relación que tiene este derecho con el de la seguridad social y la protección de los adultos mayores. Respecto de la primera relación, a través de la sentencia T-658 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Alta Corporación manifestó que *“se puede concluir que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana.”* En cuanto al reconocimiento de la existencia del derecho al mínimo vital para los sujetos de la tercera edad, en la sentencia T-164 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte sostuvo que,

“la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme y consistente en el sentido de reconocer la existencia de un derecho fundamental constitucional al mínimo vital en cabeza de las personas de la tercera edad, derivado de múltiples mandatos constitucionales en los que se reconocen, entre otros, los derechos a la vida digna (art. 11, C.P.), a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la seguridad social integral (art. 48, C.P.) y a la salud (art. 49, C.P.)” (Destacado fuera del texto)

En cuanto al alcance del derecho al mínimo vital, a través de la sentencia T-422 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte aclaró que

“El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el ‘déficit social’.” (Destacado fuera del texto)

En este sentido es claro que el principio del derecho al mínimo vital requiere que el Estado garantice condiciones dignas a todas las personas. En particular, exige una mayor protección a las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena. En este sentido *“Resulta clara entonces, la conexidad que tiene el derecho al acceso a una pensión con el derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que éste último se ve asegurado con el acceso a un ingreso mensual luego de terminada la etapa laboral.”*⁶⁷

⁶⁷ Sentencia T-686 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Sin embargo, el artículo 65 transgrede este derecho y a su vez el derecho a una vida digna al impedir que los trabajadores pensionados accedan a la GPM. En la medida en que desconoce la situación de muchos colombianos que a pesar de haber gozado de la pensión, por situaciones ajenas a su voluntad no logran financiar una pensión mínima, pero tampoco pueden acceder a la GPM debido a que la norma acusada restringe esta protección únicamente a los "afiliados". Es decir, la norma va en contravía del mandato constitucional que exige "*defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos.*"⁶⁸

Además, la anterior situación se tornó aún más desproporcional e injusta, cuando se introdujo la modificación al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, explicada de manera breve en la Sección II de la presente demanda, ya que la carga de financiar la GPM (la cual antes de la modificación solo recaía sobre las personas que obtuvieran cuatro salarios) recae ahora sobre las personas que inclusive devengan menos de cuatro salarios mensuales. Lo anterior, va en contra de los principios constitucionales, puesto que lejos de proteger al más vulnerable en un Estado Social de Derecho, lo que hace es incrementar injusticia y la desprotección respecto de las personas de menos recursos.

En conclusión, el artículo 65 al impedir que los trabajadores pensionados que alguna vez gozaron de la pensión, pero que ahora por circunstancias ajenas a su voluntad no logran financiar una pensión mínima, puedan acceder a la GPM, desconoce los principios de dignidad humana y mínimo vital que el Estado está en la obligación de respetar y garantizar.

Por lo cual, es necesario que la Corte se pronuncie respecto de la inexecutable de la expresión "afiliados", o condicione la norma, bajo el entendido que la posibilidad de acceder a GPM que establece el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, también protege a los pensionados que cumplen los requisitos establecidos en la norma y por razones ajenas a su voluntad se han quedado sin el capital propio suficiente para continuar recibiendo una mesada igual a un salario mínimo.

4. La barrera que impone la norma impide el goce efectivo del derecho a la pensión del trabajador pensionado que por razones ajenas a su voluntad se ha descapitalizado

El artículo 65 al limitar la posibilidad de acceso a la GPM únicamente a los afiliados, impide que los trabajadores pensionados gocen de manera efectiva de su derecho a la pensión.

Respecto del 65 aplican las mismas premisas en relación con el artículo 84 en la Sección VI A de la presente demanda. No resulta eficiente repetirlos por lo cual se remite a ellos. Basta con indicar que el artículo 65 establece un claro obstáculo que afecta gravemente el goce efectivo del derecho a la pensión de los trabajadores pensionados, v.gr. limitar el acceso a la GPM únicamente a los "afiliados".

Al desconocer la posibilidad de acceso a la GPM a los trabajadores pensionados afectados por factores como el incremento anual del salario mínimo por encima de la inflación y la

⁶⁸ Sentencia T-458 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

extralongevidad, la norma impide el goce efectivo de su derecho a la pensión.⁶⁹ Esta premisa, es contraria a los principios de solidaridad y universalidad que tienen como objetivo una contraprestación segura respecto del aporte que dió el trabajador durante toda una vida de trabajo al financiar el FGPM.

Por los argumentos expuestos, se torna necesario que la Corte permita que el trabajador que hubiere cumplido los requisitos para acceder a una pensión y hubiere destinado un porcentaje de sus aportes mensuales a financiar la garantía de pensión mínima pueda acceder a dicha garantía – bien sea afiliado o de pensionado-- para garantizar el goce efectivo del derecho a la pensión.

- 5. La barrera que impone la norma clasifica de manera manifiestamente inconstitucional a los trabajadores con derecho a pensión en dos grupos: afiliados y pensionados, desconociendo que las personas que cobija la norma, son sujetos de especial protección constitucional

Como se ha mencionado a lo largo de la Sección VII de la presente demanda, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 limita el acceso a la GPM a los "afiliados" que cumplan con los requisitos de tiempo y edad que la norma impone. No obstante, esta clasificación es manifiestamente irrazonable a la luz del objetivo de brindar protección social a las personas de la tercera edad puesto que los excluidos de esta garantía cumplen las condiciones de tiempo y edad para acceder a una pensión, son mayores que los afiliados por lo cual están en situación de mayor vulnerabilidad y la protección requerida es más necesaria ya que no pueden optar en ese momento por trabajar unos años más para acrecentar su capital y así financiar con nuevos recursos propios su pensión. Además, el impacto de esta clasificación es demasiado oneroso sobre los pensionados que al final de su vida quedan desprotegidos, frente al bajo costo de girar anualmente las mesadas durante unos cuantos años hasta que el pensionado fallezca o los potenciales beneficiarios pierdan la condición de tales. Precisamente es más oneroso, ya que los recursos que se recogen a través de los aportes mensuales de los contribuyentes, en lugar de financiar la pensión se invierten para obtener mayores rendimientos.

En este sentido, la restricción que impone el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 establece una clara barrera frente a la igualdad de oportunidades y de protección, que viola de manera clara el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, en la medida en que excluye sin ninguna justificación a los pensionados que durante toda su vida también contribuyeron para la financiación de la GPM.

El artículo 13 de la Constitución Política establece expresamente que

"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.

⁶⁹ Sentencia C-529 de 2010, (Mauricio González Cuervo)

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." (Destacado fuera del texto)

Respecto del principio de igualdad, ha habido un largo desarrollo a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A manera de ejemplo, en la Sentencia T- 199 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) la Corte sostuvo que la consagración del principio de igualdad en el marco del Estado Social de Derecho, se expresó en el artículo 13 de la Carta Política pero que el mencionado artículo 13 va más allá "al establecer el deber Estatal de promover condiciones "para que la igualdad sea real y efectiva", es decir, la obligación de disponer de "medidas a favor de grupos discriminados o marginados". De igual manera, el principio constitucional presupone un mandato de especial de protección en favor de "aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta"." (Destacado fuera del texto)

En cuanto a la igualdad de oportunidades, la sentencia T-624 de 1995 sostuvo que,

"El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ellas pueden fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración [...]."

En similar sentido, la sentencia T-373 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) estableció de manera precisa el contenido de la igualdad de oportunidades. Dicha sentencia sostuvo que,

"El derecho consagrado en el art. 13 de la Constitución tiene una concreción realista y práctica en la denominada igualdad de oportunidades, cuya pretensión es la de propender que el Estado, en sus diferentes esferas de poder, cree y garantice las condiciones necesarias para asegurar y extender la igualdad jurídica y material, imponiendo a las autoridades, sin desconocer las realidades del medio social, el deber positivo de actuar de manera objetiva e imparcial en el señalamiento y exigencia de los requisitos requeridos para que las personas puedan, en desarrollo de su autonomía, concretar aspiraciones de diferente orden, es decir, en lo económico, laboral, cultural, político y social, e igualmente, de proscribir cualquier tipo de trato diferenciado, no justificado, que pueda generar cualquier forma de discriminación." (Destacado fuera del texto)

Con relación a la igualdad de protección, es claro a partir de la lectura del artículo 13 de la Constitución, no solo que personas nacen libres e iguales ante la ley y deben recibir la misma protección, sino además el Estado debe proteger "*especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.*"

Al respecto, la Corte Constitucional en Sala Plena a través de la sentencia C-241 de 2014 afirmó que

"[...]La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección." (Destacado fuera del texto)

Además, la importancia de la igualdad no solo presupone que haya una igualdad de las personas ante la ley, sino además que *"la igualdad; se debe establecer por parte del Estado especial protección para aquellos que se encuentran en un nivel de desigualdad frente a los demás"*,⁷⁰ como sucede con las personas de la tercera edad que además no tienen recursos suficientes para continuar recibiendo su mesada y subsistir dignamente.

El hecho de que la norma cobije únicamente a los "afiliados" y que solo aplique a quienes desde un principio no cuentan con capital suficiente para financiar la pensión mínima, a pesar de ya haber cumplido con los requisitos de la ley, bien sean afiliados o pensionados, refleja un tratamiento manifiestamente inconstitucional al desconocer la igualdad de oportunidades y de protección que establece el artículo 13 de la Constitución. En la medida en que restringe la posibilidad de acceder a la GPM a cierto grupo de trabajadores pensionados que por las razones expuestas en la presente demanda, se descapitalizan y no logran acceder ni siquiera a una pensión mínima.

La Corte Constitucional ha manifestado en reiterada jurisprudencia que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional. En específico, la Corte en la sentencia T-1039 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto) manifestó que *"aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo, sus facultades físicas pueden verse disminuidas y en tal sentido colocar a las personas en circunstancias de especial vulnerabilidad. Así mismo, las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política."*

Posteriormente, en la sentencia T-315 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte destacó la situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan las personas de la tercera edad, afirmando que *"La Corte ha valorado la edad como factor de vulneración, para establecer la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, por cuanto ha estimado que las personas de la tercera edad se encuentran en una posición de debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para obtener ingresos económicos que les permitan disfrutar de una vida digna."*

⁷⁰ Gaceta Constitucional No. 82.

Sin embargo, la Corte ha aclarado que la edad no es el único factor determinante dentro de la protección especial a las personas de la tercera edad. En la sentencia T-799 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte sostuvo que,

“el deterioro natural de las funciones básicas del ser humano, que sobrevienen con el paso de los años, y que se hacen notorias en unas personas, más que en otras. Ello, trae como consecuencia inexorable que, conforme avance el tiempo, será cada vez más difícil para ellas acceder al mercado laboral, o desarrollar alguna actividad de la cual puedan derivar su sustento. Por eso, la especial protección del Estado hacia esa población no debe abordarse tomando como factor exclusivo la edad a partir de la cual, constitucionalmente, se habla de adulto mayor, sino que debe hacerse a partir del análisis holístico del conjunto de elementos que definen su contexto real, pues, ‘la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria’. (Destacado fuera del texto).

En este sentido, la Alta Corporación ha considerado que por tanto las personas de la tercera edad son merecedoras de mayores protecciones. En la Sentencia T-485 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) señaló que *“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.”* (Destacado fuera del texto).

Es oportuno mencionar que al tratarse de personas de la tercera edad, la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia el principio de “protección reforzada”; en virtud del cual, como lo aclaró la Corte en la sentencia T-782 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) *“ha consagrado unas garantías especialísimas para estos sujetos con amplia protección constitucional. Es así como el artículo 46 de la Constitución Política afirma que el Estado a las personas de la tercera edad ‘les garantizará los servicios de seguridad social integral’.* (Destacado fuera del texto)

En particular, ha tenido un amplio desarrollo respecto del derecho a la seguridad social, por ejemplo en el campo de la salud. La Corte Constitucional en la sentencia T-199 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) afirmó que *“Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores [...] la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. ‘En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.’*”

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que el derecho a la pensión es un derecho social que no se extingue con el transcurso del tiempo. En la sentencia C-230 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara) la Alta Corporación sostuvo que,

“la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no

*significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económica y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada [...]*⁷¹ (Destacado fuera el texto)

Estos fundamentos han sido reiterados posteriormente en diferentes sentencias de la Corte, v.gr., en la sentencia T-315 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Alta Corporación sostuvo que *"tan pranto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionada "status" de pensionada, el derecho adquirido no puede ser desconocida, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento"* (Destacado fuera del texto)

Recientemente, en la sentencia SU-298 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) la Corte manifestó que el argumento detrás de la imprescriptibilidad de este derecho se fundamenta *"en el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución, y conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas de tercera edad y al principio de vida digna, ha construido una sólida línea jurisprudencial que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo"*.

Al ser un derecho adquirido e imprescriptible de los pensionados, este no puede ser desconocido por la norma y el Estado debe garantizar que en aquellos eventos en que los pensionados por razones ajenas a su voluntad no tengan el capital suficiente para seguir obteniendo una pensión siquiera equiparable a un salario mínimo, se pueda hacer beneficiario de la garantía de acceso a la pensión mínima.

De este modo, a pesar de que el legislador tiene la potestad de configurar los requisitos bajo los cuales las personas pueden acceder a la GPM, no puede crear barreras de acceso que, si bien permiten acrecentar los recursos destinados a financiar la GPM, tienen el efecto de restringir el acceso a la pensión, desproteger el derecho o impedir su goce efectivo. Esto es especialmente grave tratándose de personas cuya subsistencia depende de una pensión y son sujetos de especial protección constitucional. Lo que hace imperante que la Corte extienda la interpretación de esta norma, y permita que se incluyan a las personas ya pensionadas dentro de la posibilidad de acceso a la garantía de la pensión mínima.

En conclusión, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 desconoce la igualdad de oportunidades y de protección de los trabajadores pensionados que son sujetos de especial protección constitucional.

⁷¹ Reiterado en la Sentencia T-217 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada), en donde la Corte manifestó que *"el carácter imprescriptible del derecho a la pensión se deriva directamente de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir a la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para la especial protección que el Estado debe a las personas que por su edad, condiciones de salud y ausencia de alguna fuente de sustento, tienen mayor dificultad para subsistir, y de esta manera asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna."*

La imposibilidad de acceder a la GPM, desconoce el derecho subjetivo a la pensión que salvaguarda a su vez el derecho a la seguridad social, del cual no puede ser limitado cierto grupo de personas por ser "pensionados" y no "afiliados", mucho menos cuando las personas excluidas de esta protección requieren de manera imperiosa ser cobijados por esta garantía al ser sujetos de especial protección constitucional.

Por las razones expuestas en las secciones anteriores, se hace necesario que la Corte Constitucional se pronuncie y declare inexecutable la expresión afiliado o condicione la norma, bajo el entendido que la posibilidad de acceder a GPM que establece el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, también protege a los pensionados que cumplen los requisitos establecidos en la norma y por razones ajenas a su voluntad se han quedado sin el capital propio suficiente para continuar recibiendo una mesada igual a un salario mínimo.

VIII. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, además de imponerle la carga de financiar la GPM a las contribuyentes del RAIS, les aumentaron esta carga de manera significativa, prolongando de manera injustificada el tiempo que necesitan para acumular el capital para pensionarse

Como se mencionó de manera general en la Sección I de la presente demanda, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, el cual introdujo una carga alta para los trabajadores que hacen parte del RAIS. En la actualidad el 1.5% de los aportes de cada trabajador que hace parte del RAIS, no se destinan a su cuenta de ahorro individual, donde los recursos siguen siendo de su propiedad para acumular el capital necesario para obtener su pensión, sino que son destinados a financiar la GPM.

Esta obligación de contribución, no solo no existía bajo la normatividad original de la Ley 100 de 1993, sino que además incrementa anualmente conforme a las disposiciones de su articulado, prolongando el tiempo que necesitan los trabajadores para acumular el capital para pensionarse.

Es necesario aclarar que cuando la Ley 100 de 1993 estableció el Ingreso Base de Cotización (IBC) para los dos regímenes la distribución era igual, de hecho la norma rezaba,

*"Artículo 20. La tasa de cotización para la pensión de vejez, será del 8% en 1994, 9% en 1995 y del 10% a partir de 1996, calculado sobre el ingreso base y se abonarán en las cuentas de ahorro pensional en el caso de los fondos de pensiones. En el caso del ISS, dichos porcentajes se utilizarán para el pago de pensiones de vejez y capitalización de reservas, mediante la constitución de un patrimonio autónomo destinado exclusivamente a dichos efectos"*⁷²

Sin embargo, con la modificación que introdujo la Ley 797 de 2003, las cotizaciones del RAIS sufrieron una modificación drástica, al punto de que el porcentaje destinado a la cuenta de ahorro individual se redujo, en el porcentaje destinado a la GPM.

⁷² Artículo 20, Ley 100 de 1993 (Texto Original)

Como se evidencia en la siguiente tabla, la drástica diferencia introducida a partir del año 2003, redujo el monto de cotización destinado a la cuenta de ahorro individual, y creó la contribución creciente para la GPM y, con ello, obligó a las personas pertenecientes al RAIS a hacer un mayor esfuerzo para construir su ahorro pensional, en la medida en que debía hacer más cotizaciones para completar y mantener el capital necesario para financiar una pensión.

Tabla - Evolución del porcentaje y distribución de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones en los dos regímenes

COTIZACIÓN POR AÑO	TOTAL %	REGÍMEN DE PENSIONES GPM		REGÍMEN DE AHORRO INDIVIDUAL	
		%	CONTRIBUCIÓN	%	CONTRIBUCIÓN
1994	7.5%	8%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	0%	PAGAR PENSIONES Y CONSTITUIR CAI (PATRIMONIO AUTONOMO)
		3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO	3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO
1995	7.5%	9%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	9%	PAGAR PENSIONES Y CONSTITUIR CAI (PATRIMONIO AUTONOMO)
		3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO	3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO
1996-2002	7.5%	10%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	10%	PAGAR PENSIONES Y CONSTITUIR CAI (PATRIMONIO AUTONOMO)
		3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO	3.5%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON Y TASA DE REASEGURO
2003	10.5%	10.5%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CONSTITUCION DE RESERVAS	10%	PAGO DE PENSIONES Y CONSTITUIR CAI
		3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	3%	GASTOS DE ADMINISTRACION + PRIMA SEGURO PREVISIONAL + PRIMA REASEGUROS POGAFIN
		0.5%		0.5%	GARANTIA DE PENSION MINIMA
2004	11.5%	11.5%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CONSTITUCION DE RESERVAS	10%	PAGO DE PENSIONES
		3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	3%	GASTOS DE ADMINISTRACION + PRIMA SEGURO PREVISIONAL + PRIMA REASEGUROS POGAFIN
2005	11.5%	3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	1.5%	GARANTIA DE PENSION MINIMA
		12%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	10.5%	PAGO DE PENSIONES Y CONSTITUIR CAI
		0.5%		0.5%	GARANTIA DE PENSION MINIMA
2006-2007	12.5%	12.5%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	11%	PAGO DE PENSIONES Y CONSTITUIR CAI
		3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	3%	GASTOS DE ADMINISTRACION + PRIMA SEGURO PREVISIONAL + PRIMA REASEGUROS POGAFIN
		0.5%		1.5%	GARANTIA DE PENSION MINIMA
2008	13%	13%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	11.5%	PAGO DE PENSIONES Y CONSTITUIR CAI
		3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	3%	GASTOS DE ADMINISTRACION + PRIMA SEGURO PREVISIONAL + PRIMA REASEGUROS POGAFIN
2009	13%	13%	PAGAR PENSION DE VEJEZ Y CAPITALIZAR RESERVAS	11.5%	PAGO DE PENSIONES Y CONSTITUIR CAI
		3%	PAGO PENSION INVALIDEZ/ SOBREVIVENCIA Y GASTOS ADMON	3%	GASTOS DE ADMINISTRACION + PRIMA SEGURO PREVISIONAL + PRIMA REASEGUROS POGAFIN

Como se mencionó anteriormente, la finalidad del aporte para la GPM era permitir que el Estado completaría el capital faltante para financiar una pensión mínima a todos los aportantes, no que haría más oneroso para el afiliado al RAIS el adquirir una pensión. Esta carga económica que impone el artículo 20 de la Ley 100, desprotege al pensionado que deja de recibir la mesada durante los últimos años de su vida, y le impide el goce efectivo del derecho a su pensión, sin considerar que este es un sujeto de especial protección constitucional, el cual lejos de estar enfrentándose a situaciones económicas adversas, debería poder vivir los últimos años de su vida en condiciones dignas.

Aunado a lo anterior, el artículo 20 en su inciso sexto, establece que el Gobierno “Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro

pensional (Destacado fuera del texto). Sin embargo, el gobierno no ha cumplido con dicha obligación, generando dos implicaciones.

Primero, la intención en principio a partir de esta obligación era que la elevada carga de solidaridad en cabeza de los afiliados al RAIS se redujera quinquenalmente. No obstante, en virtud del incumplimiento del Gobierno, la carga se ha mantenido alta, afectando de manera directa y gravosa a los trabajadores afiliados a éste régimen dentro las situaciones explicadas en secciones anteriores, que han debido soportar esta carga por un periodo más elevado al previsto.

Segundo, contrario al principio de buena fe claramente establecido y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los trabajadores que de buena fe confiaron en que su carga se aliviaría quinquenalmente no han recibido dicho alivio.

En esta medida, respecto del artículo 20 aplican los mismos argumentos esgrimidos en relación con el artículo 65. Basta con indicar que el artículo 20 al haber creado la carga sobre el trabajador y al haberlo despojado de un porcentaje de su ahorro para materializar el principio de solidaridad, debió haber garantizado que dicha solidaridad fuera efectiva cuando se cumplirán los requisitos de ley. En pocas palabras, la ley obliga al trabajador a realizar un aporte, sin tener una contraprestación segura cuando este lo requiere. Por lo tanto, cualquier trabajador que hubiere cumplido los requisitos para acceder a una pensión y hubiere destinado un porcentaje de sus aportes mensuales a financiar la garantía de pensión mínima debe poder acceder a dicha garantía - sin importar su condición de afiliado o de pensionado -para garantizar el goce efectivo del derecho a la pensión y la protección del derecho al mínimo vital.

Por lo tanto, es necesario que exista una contraprestación segura de solidaridad para los trabajadores, tanto para los afiliados al RAIS como para los pensionados en el RAIS. Debido al aporte que hacen los trabajadores del RAIS, los que ya gozan de la pensión tienen el mismo derecho de los afiliados a ser protegidos por la GPM, como lo ordena el cumplimiento de los principios constitucionales de solidaridad y universalidad que rigen el sistema pensional, así como la necesidad imperiosa de impedir que continúe la violación de la igualdad de oportunidades y de protección.

IX. Petitorio

Por los motivos expresados en la presente acción pública de inconstitucionalidad, solicito a la Honorable Corte Constitucional que,

1. Declare inexecutable las siguientes expresiones destacadas del artículo 84 de la Ley 100 de 1993,

"ARTICULO. 84. Ley 100 de 1993. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima."

2. Declare la exequibilidad condicionada de la expresión "pensiones" del artículo 84 de la Ley 100 de 1993 que se destaca, bajo el entendido que la expresión se refiere únicamente a las pensiones que pueden ser acumuladas.
3. Declare inexecutable la expresión "afiliados", que se destaca, del artículo 65 de la Ley 100 de 1993,

"ARTICULO. 65. Ley 100 de 1993. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley."

4. Subsidiariamente, declare executable la expresión "afiliados" del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 que se destaca, bajo el entendido que la posibilidad de acceder a la GPM también protege a los pensionados que cumplen los requisitos establecidos en la norma y por razones ajenas a su voluntad se han quedado sin el capital propio suficiente para continuar recibiendo una mesada igual a un salario mínimo.
5. Declare inexecutable las siguientes expresiones destacadas del artículo 20 de la Ley 100 de 1993,

"Artículo 20. Ley 100 de 1993. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogaffn, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1° de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1° de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1° de enero del año 2008, el Gobierno

Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional [...]."

6. Subsidiariamente, declare exequibles las expresiones destacadas del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que el aporte al que está obligado el contribuyente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, podrá ser destinado a completar los recursos necesarios para acceder a una pensión y en el evento en que ya siendo pensionado se descapitalice pueda tener acceso a la garantía de la pensión mínima.

X. Notificaciones

Recibiré notificaciones en la Carrera 70D No. 120-53 en la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico sergiofelipef@hotmail.com

Respetuosamente,



SERGIO FELIPE FERNÁNDEZ MESA
C.C. 1.140.843.770 de Barranquilla