

Bogotá, 27 de junio de 2017.

Honorable Magistrada
CRISTINA PARDO SCHLENGER
Magistrada Ponente
Corte Constitucional
En su Despacho

Referencia: Expediente D-12118 Ley 1250 del 2008 Artículo 1 (parcial) adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia me dio la distinción de dar mi concepto con respecto a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1250 del 2008 Artículo 1 (parcial) adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993.

La norma demandada de inconstitucional dice lo siguiente:

Artículo 1. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. *Monto y distribución de las cotizaciones*

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional", la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008".

El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009, basado en la irretroactividad de las leyes tributarias.

Durante el término para dar este concepto, el Congreso de la República aprobó la ley que rebaja la cotización de salud para los pensionados al 4%¹.

LA DEMANDA

Los demandantes piden que se declare la inconstitucional la norma porque viola los artículos 13 (derecho a la igualdad), 46 (protección a la tercera edad) y 48 (seguridad social) y el Acto Legislativo 1 del 2005

Por auto del 9 de mayo anterior, el Magistrado sustanciador, resolvió inadmitir la solicitud y concederles tres (3) días para "corregir la demanda de acuerdo a las prescripciones de este en esta providencia".

¹ Según informe de prensa el Gobierno objetará esta ley. De ser así, posiblemente la decisión al respecto la tendría que tomar la Corte Constitucional.

Por medio del Auto de fecha 1 de junio del 2017 la magistrada ponente admitió la petición presentada, obviamente con las aclaraciones efectuadas en la corrección.

En esta aclaración los demandantes agregaron como violados el Acto Legislativo No. 1 del 2005 en su dos primeros incisos.

Se manifiesta en la demanda que cuando se pasa de ser trabajador cotizante a pensionado se aumenta el porcentaje de cotización y agregan que es clara la diferenciación entre los que devenguen un salario mínimo a quien ostentan una situación económica diferente.

La Corte Constitucional en el Auto que admite la demanda dice “En cuando al cargo de igualdad, identifican de manera clara los dos grupos poblacionales entre quienes se predica el trato desigual, estos son, los pensionados que recibe como mesada un salario mínimo legal y aquella que reciben un mayor valor” identificables como son los pensionados con una mesada de un salario mínimo a y aquellos que reciben un mayor valor”.

Agregan que existen en Colombia tres tipos de pensiones: vejez, sobrevivientes e invalidez, y manifiestan que todas estas pensiones cotizan el 12%, sin detenerse en la razón objetiva de la pensión y la cuantía.

Termina el escrito de acusación de la norma diciendo lo siguiente: “La norma demandada entonces no distingue –juicio objetivo- entre pensiones de un salario mínimo y pensiones con mesadas mayores del salario mínimo, desconociendo que no siendo iguales, el monto allí establecido como cotización al sistema de seguridad social en salud, debería ser discriminado y progresivo”.

NORMA SOBRE COTIZACIONES A LOS PENSIONADOS.

1) Ley 100 de 1993. Artículo 240:

“La cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral (...)”.

2) La ley 1122 del 2007 ordenó en el artículo 10 lo siguiente:

Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

En consecuencia, este incremento de la cotización del cero punto cinco por ciento (0.5%) previsto en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 cobija a los pensionados en su calidad de afiliados al Régimen Contributivo de Salud. Este incremento estará en su totalidad a su cargo pensionado, tal como lo establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo expresado por el Ministerio del Trabajo.

Esta norma fue objetada por el Presidente de la República. La Corte Constitucional, con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy, declaró INFUNDADAS tales objeciones.

3) La norma demandada, es la ley 1250 del 2008, en el artículo 1º que adiciona el siguiente el inciso al artículo 204 de la ley 100 del 1993, estableció que la cotizaciones para los pensionados a salud sean del 12%.

CONCEPTO:

A continuación se presentan las consideraciones a la constitucionalidad o no de la norma, a partir de la revisión de los tipos de pensiones contemplados por nuestro ordenamiento jurídico, los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera.

La demanda hace referencia a tres tipos de pensiones: invalidez, vejez y sobrevivientes. Sin embargo, en Colombia existen por lo menos seis tipos de pensiones:

1) Las de **jubilación**, completadas en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que hoy en día están gozando la personas que trabajaron en el sector petrolero, con el Estado y en empresas antiguas (que concedieron pensión de jubilación antes de 1966).

2) Las **compartidas**, que paga Colpensiones y la empresas a las personas que tenían trabajadores con más de 10 años de servicio el 1 de enero de 1997, fecha en que entró a regir decreto 3041 de 1966 aprobatorio del acuerdo 224 del mismo año.

3) **La pensión de vejez**, a cargo de Colpensiones y de fondos privados (Ley 100 de 1993 y normas posteriores).

4) **Pensión de Sobrevivientes**, tanto de Riesgo Común como de Accidentes de Trabajo y Enfermedad profesional. (Ley 100 de 1993 y normas posteriores).

5) **Pensiones de Invalidez**, tanto de origen profesional como de Riesgo Común. (Ley 100 de 1993 y normas posteriores).

6) Las pensiones de todas las clases otorgadas por el Estado por Leyes, Decretos, Acuerdo y Ordenanzas, o por los particulares en Convenciones Colectivas de Trabajo.

Así, una decisión de la Corte Constitucional con respecto al régimen pensional, debe referirse a la totalidad de la materia, no a las tres citadas en la demanda. En la actualidad muchas de esas pensiones no cotizan para salud con lo cual no hay igualdad entre aquellas que cotizan y las que no lo hacen (artículo 13 de la Carta).

La sentencia C-111/06 la Corte Constitucional establece los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera en los siguientes términos:

“El alcance de los citados principios fue objeto de análisis y concreción por parte de esta Corporación en las sentencias C-623 y C-1024 de 2004 en los siguientes términos:

Según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo.

El principio de eficiencia cuyo propósito consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Mediante este principio se pretende hacer efectivo, el mandato constitucional de garantizar *“el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”*, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Complementariamente, la sentencia citada agrega: “Finalmente, el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mediante el cual se exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio económico del sistema general de pensiones”.

Dice así la norma de la Carta Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley

esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

Con respecto a la estabilidad financiera, la sentencia T- 422 del 1992 en el aparte pertinente dice:

"Según esta concepción del derecho, la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece. Para el legislador, el principio de igualdad, así entendido, impide establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales. Entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece.

Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas - entre ellas rasgos o circunstancias personales - diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualdad. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo".

Por su parte, dos doctrinantes analizan la sostenibilidad financiera del sistema de cotizaciones en salud:

Juan Manuel Charry Ureña ha expresado con respecto a la sostenibilidad financiera lo siguiente:

"Las consideraciones de orden fiscal suscitan suspicacias en cuando se trataría de limitaciones de recurso que afectarían los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo el establecimiento de este principio busca precisamente garantizar este tipo de derechos en largo plazo, en otras palabras, pretende protegerlos para las generaciones presentes y futuras, de tal suerte que las demandas y presiones actuales no consuman un exceso de recursos, convirtiéndose en garantías en letra muerta para las generaciones futuras y desplazando el pago de la deuda pública a ellas²" [1]

El artículo El Derecho Fundamental a una Pensión y el Principio de Sostenibilidad Financiera dicen los autores:

Así, todos los intentos por subsanar el desequilibrio financiero en el sistema de pensiones, han estado orientados a alcanzar la sostenibilidad económica, dejando de lado el carácter social y político que abarca el problema del acceso a una pensión por las contingencias

²Charry Ureña, Juan Manuel. ESCRITOS CONSTITUCIONALES. Editorial ABC. 2013. Pág. 311.

de vejez, invalidez o muerte. El sistema de pensiones en el país se encuentra en un estado preocupante, y se prevé una crisis inminente, es decir, el sistema se está haciendo progresivamente insolvente e insostenible (Durango & Hernández, 2011). Así, dado el rango constitucional adquirido por el principio de sostenibilidad financiera a partir del acto legislativo 01 de 2005, en este artículo se analiza la tensión entre el derecho fundamental a la pensión en cada una de sus contingencias cubiertas y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en cuanto al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación³:

En conclusión, y con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como a partir de los principios de la seguridad social, y teniendo en consideración la sostenibilidad financiera, se conceptúa que un pronunciamiento por parte de dicha entidad se debe hacer teniendo en cuenta el universo de la base de los pensionados que devenguen una pensión igual al salario mínimo, no de una parte de ellos.

Se considera que las personas que devenguen un salario mínimo deben cotizar por salud un 4% e ir incrementando progresivamente hasta llegar al 12%, como lo hacen a las pensiones de 25 salarios mínimos -que son las más altas que se pagas hoy.

De acuerdo con todo anterior, se conceptúa que la norma demandada es constitucional, condicionada a que el Congreso explica una nueva ley que cubija a todas las pensiones que se pagan en el país fijando topes por la cuantía de la pensión desde un salario mínimo hasta veinticinco salarios mínimos. Y debe ser por ley porque las cotizaciones a la seguridad social son un tributo estos son expedidos por el Congreso, de acuerdo al artículo 150 de la Carta Política.

Con todo respeto,

JAIME CERÓN CORAL
Miembro de Número
Academia Colombiana de Jurisprudencia

³Duque Gómez, N y Duque Quintero; S (2016 El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia Justicia Juris, 12(1), 40-55.

