



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

M.P. NILSON PINILLA PINILLA
E. S. D.

1

REF: Expediente **D-9709**. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal “K” del Artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 por medio del cual se crea la pensión familiar.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMENEZ AGUIRRE** e **IGNACIO PERDOMO GÓMEZ**, actuando como ciudadanos y Docentes del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 26 de junio de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a las demandas de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

ANTECEDENTES

El ciudadano **IVAN ALEXANDER CHINCHILLA** presenta demanda con radicado No. D-9709 mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad del literal K del Artículo 151 C de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 por medio del cual se crea la pensión familiar.

La Corte Constitucional admitió la demanda y dispuso su fijación en lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos para hacer la siguiente intervención.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

El argumento base de las demandas de inconstitucionalidad radica en que se vulnera el derecho a la igualdad y se restringe el acceso a la seguridad social en pensiones de las personas afiliadas al régimen de prima media, mientras que en el régimen de ahorro individual no existen tales restricciones, por lo cual estima que la norma es discriminatoria y por ende reclama su eliminación del ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio y anticipándonos a la conclusión, podemos manifestar que compartimos los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad, aunque presentemos en forma adicional otra argumentación complementaria que igualmente conduce a demostrar la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional –como intérprete autorizado de la Carta Política- ha reconocido *“la compleja naturaleza jurídica de la igualdad”¹*, ya que se relaciona según la misma Constitución con uno de los *“pilares del estado colombiano y de la concepción dignificante*

¹Corte Constitucional Sentencia C-748/09

del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991², así “como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material”³.

Apartir de la lectura del artículo 13 Superior, la Corte ha vinculado unos conceptos básicos que integran el concepto de igualdad:

- a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.
- c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todos.
- d) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
- e) La sanción de abusos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad manifiesta.⁴

Ahora bien como corolario se afirma que, la jurisprudencia constitucional reivindica la prevalencia de una igualdad real sobre una formal y establece que “a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales”⁵

Es así como, “una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también la igualdad ante la vida”⁶

En sentencia C-022 de 1996 el magistrado Carlos Gaviria trae a colación al tratadista Norberto Bobbio que, expreso la máxima “el trato igual entre iguales y al trato desigual entre desiguales es vacía si no se responden tres preguntas en cada caso de distribución de bienes y cargas: “1) los sujetos entre los cuales se distribuyen los bienes o cargas; 2) los bienes o cargas que se distribuyen; y 3) el criterio que se utiliza para distribuirlos”.

En el caso que ocupa esta vez a la honorable Corte, tenemos que se trata de una pensión familiar, la cual presupone que se puedan sumar las cotizaciones de los conyugues o compañeros permanentes que no han alcanzado a obtener una pensión, ya sea porque les hace falta semanas o porque no les alcanza el capital.

Pero la norma establece un trato diferenciado cuando se trata del régimen de prima media pues en este establece unas restricciones que no tienen las personas que se afilien al sistema de ahorro individual, trato que consideramos violatorio de los principios constitucionales.

Señala precisamente el Artículo 13 de la Carta Política lo siguiente en sus incisos finales:

“Art. 13 Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades,.....

En este aspecto es necesario recordar que temas en los cuales se encuentra una diferenciación normativa es necesario traer a colación que la Corte ha establecido que al tratarse de juicio integrado de igualdad, las fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001⁷. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de

² Corte Constitucional Sentencia C-475/03

³ Corte Constitucional Sentencia T-291/09

⁴ Corte Constitucional Sentencias T-591/92 y C-475/03

⁵ Corte Constitucional Sentencias C-1064/01 y T-262/09

⁶ Corte Constitucional Sentencias C-507/04

⁷ Corte Constitucional Sentencias C-818/10

los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador y en caso de discriminación normativa si la misma es procedente.

Por lo anterior tendríamos que establecer que el problema jurídico estaría referido en sí la discriminación normativa establecida en el literal K del artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 afecta el principio jurídico de la igualdad, en la medida en que la norma acusada exige unos requisitos a quienes son afiliados al régimen de prima media que no se les exigen a los afiliados al régimen de ahorro individual.

La protección jurídica como desarrollo del principio jurídico de la igualdad

En este aspecto la Corte Constitucional ha establecido que:

“la igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Y en segundo término, en que los criterios expresamente prohibidos (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) obran como límites constitucionales de la libertad de configuración del legislador, para establecer tratos diferenciados⁸.

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos.

La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales. Uno de ellos es el principio general de igualdad de la Constitución Nacional (art. 13) según el cual en nuestro ordenamiento imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras: la primera la de *trato igual frente a la ley*, que para el caso concreto es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley). *La segunda, consistente en la igualdad de trato o igualdad en la ley, que para el caso, es que la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales.* Y la tercera es la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (art 13 C.P). En el presente análisis esto significa que la protección jurídica que brinda el Estado debe ser prestada sin utilizar criterios diferenciadores.

Por lo que con la diferenciación normativa demandada lo que se hace es promover desigualdades de hecho, generando obstáculos en el plano económico y social para las personas que escogen el régimen de prima media, por lo que la Corte debe remover estos obstáculos que además desincentivan la afiliación al régimen de prima media, el cual es manejado por el estado.

De lo expresado anteriormente se colige entonces, que las normas legislativas que afectan los derechos de un grupo de la población y los ponen en situación de desprotección, terminan siendo desproporcionadas y atentan contra los principios establecidos por la constitución.

Por lo que el literal K del artículo 151C, de la Ley 100, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012, formula un trato discriminatorio que tiene consecuencias económicas y sociales sobre personas que están *en una misma situación*: a) De un lado, las parejas que pertenecen al régimen de ahorro individual, y optan por una pensión familiar pueden obtener dicha prestación simplemente si reúnen los requisitos para ser beneficiarios de la devolución de saldos, según el artículo 151C, **no importando** si pertenecen a los niveles 1,2, o 3 del Sisbén, o cualquier otro sistema análogo (art. 3 ley 1580 de 2012); y si su capital se los permite podrán tener una pensión cuyo monto sea superior al salario mínimo, y de otro lado b) Las parejas que pertenecen al régimen de prima media con prestación

⁸Corte Constitucional Sentencias C-534/05

definida, y optan por una pensión familiar pueden acceder a dicha prestación con dos condiciones: 1. Que reúnan los requisitos para ser beneficiarios de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, *pero, adicionalmente, que pertenezcan a los niveles 1 y 2 del sisbénu* otro sistema análogo que el Gobierno nacional implemente.

Entonces tendríamos que el literal K del artículo 151 C de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la ley 1580 de 2012, está dando entonces un TRATO DESIGUAL a personas que se encuentran material y jurídicamente en la misma posición, cumplen edad, y semanas iguales, o capital solo que pertenecen a regímenes pensionales distintos.

II. LA PENSIÓN FAMILIAR ES UN DERECHO AUTÓNOMO, NO UN SUBSIDIO ESTATAL.

La Ley 1580 de 2012 crea una verdadera pensión especial por vejez y para ello adiciona a la Ley 100 de 1993 un nuevo capítulo nominado el V, perteneciente al Título IV relacionado con las disposiciones varias sobre el sistema de pensiones y es allí donde ubica esta nueva prestación económica, por ello consideramos que si el derecho prestacional creado es una verdadera pensión de vejez construida con las cotizaciones de los afiliados, no es admisible que se exija como condición para acceder a tal derecho el pertenecer a los niveles 1 o 2 del SISBEN, ya que esto aplica cuando se quiera ofrecer un subsidio o beneficio económico parcial y no para el reconocimiento de un verdadero derecho construido en este caso por una pareja de cónyuges o compañeros permanentes.

Así mismo la Ley 1280 de 2012 (art.2) adiciona como artículo nuevo el 151 A donde se refiere a la Definición de este derecho de la siguiente manera:

Definición de Pensión Familiar. Es aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión por vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993". (subrayado fuera del texto).

Al dar lectura general a la Ley 1580 de 2012 se puede observar que el derecho reconocido es UNA VERDADERA PENSIÓN y no un subsidio o auxilio del Estado, pues en toda la normatividad se refiere a que los aspirantes a la pensión deben estar afiliados al régimen de prima media o de ahorro individual, que deben contar con semanas de cotización o capitales susceptibles de acumularse, que deben tener la edad mínima para pensionarse por vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, que deben estar en las circunstancias de poder solicitar la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, que incluso el 25 % de las semanas cotizadas debe haber sido pagada antes de cumplir 45 años de edad y finalmente que esta pensión es incompatible con cualquier otra pensión.

La pensión como derecho.

Si bien es cierto en los orígenes del sistema pensional colombiano las pensiones tuvieron una naturaleza dadivosa, excepcional y discrecional como cuando se otorgaban pensiones a los militares destacados en la campaña libertadora y se otorgaba un auxilio temporal a la viuda y huérfanos, luego se consideró una contraprestación por los servicios prestados al Estado como en el caso de los maestros oficiales con la pensión gracia, los presidentes, congresistas etc, mas adelante con la adopción de un "sistema de aseguramiento social", la creación de la Caja Nacional de Previsión y del Instituto Colombiano de Seguro Social, la naturaleza de las pensiones se presenta como verdadero derecho construido por el afiliado bien fuera con los tiempos de servicio al Estado o mediante cotizaciones a un fondo común. Con la adopción del estado social de derecho constitucional, estos derechos prestacionales avanzan hacia la categoría de derechos fundamentales donde el individuo si bien es cierto debe cumplir con ciertos requisitos que garanticen la estabilidad del sistema, es claro que una vez alcanzados los mismos, se adquiere el estatus de pensionado y por tanto puede reclamar el derecho prestacional de la entidad

administradora, por lo que no se trata de un beneficio económico temporal, un subsidio o un auxilio del Estado.

Requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez en el régimen de prima media con prestación definida

El decimosegundo inciso del artículo 48 de la Constitución establece que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo. El legislador, al regular los regímenes pensionales, determinó los requisitos que permiten al afiliado al sistema tener el derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la ley 797 de 2003 garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la ley, de suerte que el monto de esa pensión depende de unos parámetros, que a partir de un mínimo, permiten al afiliado, a través de su esfuerzo en tiempo y/o en contribuciones adicionales, incrementarlo gradualmente.

5

Para el régimen de prima media con prestación definida, los parámetros cuya satisfacción permite al afiliado adquirir el derecho a una pensión mínima, están establecidos en el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, tal y como quedó modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003:

“Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1 de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015...”—

De lo anterior se desprende que para alcanzar la pensión familiar se exigen los mismos de la pensión de vejez, por lo que ésta no ha sido concebida como un beneficio periódico, pues la misma norma en su literal j establece La pensión familiar no es compatible con los beneficios económicos periódicos BEPS, de manera que la única condición especial en esta pensión, es que la pareja de cónyuges o compañeros están uniendo sus esfuerzos para alcanza uno de los requisitos como lo es el del volumen de semanas o del capital necesario para cubrir una pensión por vejez. Y éste es el único requisito compartido pues el de la edad debe ser cumplido por cada uno de ellos en forma independiente según al régimen al que estén afiliados dado que la norma no creo una rango de edad intermedio ni señalo que bastase con el cumplimiento de uno de los miembros de la pareja para conceder la pensión.

En estos términos, no se comprende la razón que justifique señalar como requisito adicional que la pareja de aspirantes a la pensión se encuentren en los niveles 1 o 2 del SISBEN, en tanto que dicho sistema tiene una finalidad distinta y ajena al modelo pensional como lo veremos a continuación.

III. CARENCIA DE RAZONABILIDAD EN LA CONDICIÓN DE SISBENIZARSE PARA ACCEDER A LA PENSIÓN FAMILIAR.

Hemos dicho que si la pensión familiar es una verdadera pensión y no un beneficio económico ni un subsidio, entonces carece de lógica y por tanto deviene en irrazonable, que se exija a los cónyuges o compañeros permanentes, que se encuentren enlistados en los niveles 1 o 2 del SISBEN, ya que éste modelo técnico de identificación de potenciales beneficiarios de beneficios estatales, no hace parte del sistema de pensiones, aunque si sea un elemento importante para otros subregímenes o sistemas de corte más asistencialista que retributivo; es decir, si la pensión se adquiere con el cumplimiento de la edad y la semanas o el volumen de capital construido por la pareja, no es razonable exigirles adicionalmente una condición de precariedad económico-social pues la pensión es el derecho alcanzado por el esfuerzo personal o familiar en este caso (es retributivo), mientras que los subsidios o beneficios, son asistencialistas para quienes no alcancen las condiciones mínimas para construir su propio derecho (asistencialista) y en el presente caso el Estado Colombiano no está financiando la pensión familiar de la pareja pues son ellos quienes deben cumplir con las semanas o el capital mínimo requerido siendo impertinente por tanto la exigencia de sisbenizarse que la carga económica queda en hombros de la pareja de pensionados, quienes abandonan la idea de alcanzar una pensión individual y soportan solo la mitad de ella. Los subsidios a que pueden acceder los aspirantes a ésta u otras pensiones, ya están regulados en otras disposiciones.

De otra parte, las condiciones y criterios para clasificar a los ciudadanos en uno u otro nivel del sisben, no han sido siempre homogéneos y de allí que a la fecha se tenga tres sistemas de identificación diferentes uno con otro, de suerte que la pensión familiar queda sujeta a las variaciones que pueda realizar el Departamento Nacional de Planeación en los criterios de evaluación, lo que hace que un derecho prestacional quede sujeto a factores externos que distorsionan por completo el sistema pensional, al introducir elementos de otro sistema como el de focalización de subsidios, que como veremos a continuación, puede cambiar cada tres años.

El Decreto 4816 de 2008 se refiere a los instrumentos diseñados por el Gobierno para la focalización de la población hacia la cual han de dirigirse los beneficios o subsidio, por lo que la persona que el día de hoy es beneficiario del nivel 1 o 2 del sisben, el día de mañana puede no serlo y pese a cumplir con los requisitos pensionales, no podrá acceder a ella. Veamos:

Artículo 1°. Instrumentos de focalización. Los instrumentos de focalización del gasto social son herramientas estadísticas y técnicas que permiten identificar y clasificar los potenciales beneficiarios de los programas de gasto social.

El Conpes Social definirá, cada tres años, los criterios e instrumentos para la determinación, identificación y selección de potenciales beneficiarios, así como, los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales.

La identificación de los potenciales beneficiarios realizada de acuerdo con los criterios e instrumentos mencionados, permite la selección y asignación de subsidios con base en las condiciones socioeconómicas que deben tenerse en cuenta para la aplicación del gasto social, pero no otorga, por sí sola, el acceso a los programas respectivos. El ingreso a cada uno de los programas estará sometido a las reglas particulares de selección de beneficiarios y asignación de beneficios que sean aplicables a cada programa social. (subrayados fuera de texto)

Al revisar las explicaciones que presenta la Secretaria de Gobierno de Bogotá sobre las características del SISBEN, encontramos la siguiente información⁹ que nos sirve para comprender el sentido y objeto de éste sistema de encuesta:

SISBEN: El “*Sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales*” es esencialmente un sistema técnico de información que

⁹<http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/ServiciosTramites/SISBEN/QueEs>

es diseñado por el Gobierno Nacional con el propósito de identificar y clasificar a los hogares, familias y personas, conforme a sus condiciones de vida.

Este es un instrumento que por mandato legal se aplica obligatoriamente por parte de los municipios y distritos y que finalmente permite conformar una base de datos con el registro de las condiciones de vida de los hogares y sus respectivos puntajes.

El Sisbén está compuesto por tres elementos:

1. El índice Sisbén o método para el cálculo del puntaje (0 – 100 puntos)
2. La ficha o formulario de clasificación socioeconómica conocida como encuesta Sisbén
3. El software, con el cual se procesan los datos y se obtiene el puntaje

Los factores o variables que son utilizados para realizar la evaluación de las condiciones de vida de los hogares y por tanto obtener el puntaje respectivo, son los definidos a nivel nacional por el Conpes, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1176 de 2007.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación - DNP, es la entidad encargada de diseñar todos los instrumentos técnicos que deben aplicar los municipios y distritos, entre ellos la encuesta, y son los que permiten recopilar, procesar y validar la información de cada uno de los hogares.

La metodología que actualmente se viene aplicando y que se encuentra vigente es la versión III del Sisbén, adoptada por el Gobierno Nacional a través del Conpes 117 de 2008. Para su implementación, el DNP entregó a todos los municipios y distritos del país, el formulario de encuesta, los manuales e instructivos y el software o programa de computador con el que se realiza el procesamiento de los datos de los hogares.

Todos los elementos técnicos utilizados por el Sisbén son diseñados por el Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación, DNP, y no pueden ser modificados por ninguna otra entidad.

En relación con el puntaje Sisbén, es importante señalar que éste es generado automáticamente por un software o programa de computador. El puntaje oscila en una escala de 0 a 100 puntos, y representa la evaluación y ponderación de las variables conforme al método de evaluación establecido por el Gobierno Nacional.

El puntaje resume o representa la evaluación de las condiciones de vida del hogar, observadas y medidas exclusivamente según lo dispuesto por la Nación y lo registrado en la encuesta Sisbén.

Teniendo en cuenta que actualmente está vigente la tercera versión del Sisbén, el puntaje de la metodología III **no puede compararse ni homologarse de ninguna forma con los de los de metodologías anteriores.** La versión III corresponde a variables distintas y a otras ponderaciones (o formas de medida). (subrayado y resaltado fuera de texto).

Para finalizar, tenemos que la exigencia normativa en cuanto que los cónyuges o compañeros en el régimen de prima media para acceder a la pensión deben pertenecer a los niveles 1 y 2 del sisben, resulta una norma contraria no solamente al derecho a la igualdad con las condiciones del régimen de ahorro individual, sino que resulta una condición exorbitante e irrazonable que entra a distorsionar el sistema de pensiones por tratarse de criterios inestables, que cada tres años deben revisarse y que corresponden a un modelo asistencialista para el otorgamiento de subsidios y no al modelo retributivo para la construcción de derechos prestacionales, por lo que debe ser declarada inexecutable.

CONCLUSIÓN:

Siendo entonces discriminatoria, generadora de desigualdad, impertinentes e irrazonables las norma atacada, consideramos que la Honorable Corte Constitucional debe pronunciarse a favor de la inexecutable de las mismas.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

IGNACIO PERDOMO GÓMEZ.

C.C. 79.517.846 de Bogotá

Jefe Área Derecho Laboral

Universidad Libre, Bogotá.

DIANA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 66.716.375 de Tuluá Valle

Profesora Área Derecho Laboral

Universidad Libre, Bogotá.