



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

M.P. **JORGE IVAN PALACIO PALACIO**
E. S. D.

REF: Expediente D-11191 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1748 de 2014.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMENEZ AGUIRRE**, actuando como ciudadana y **docente 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 2 de febrero de 2016, 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 la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana **CLARA ELENA REALES GUTIERREZ**, presenta demanda con radicado No. D-11191 mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad del artículo 2 parcial (subrayado) de la Ley 1748 de 2014 que establece:

*“**Artículo 2°.** Las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual tendrán la obligación de poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan las administradoras y, trimestralmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:*

- a) Capital neto ahorrado;*
- b) Monto de los intereses devengados por ese capital durante el tiempo que se informa;*
- c) Las cotizaciones recibidas durante el periodo de corte del extracto;*
- d) El monto deducido por el valor de todas y cada una de las comisiones que cobra la sociedad administradora, indicando el valor de cada comisión y porcentaje respectivo, así como el monto de las demás deducciones realizadas, de acuerdo con la normatividad vigente;*
- e) Saldo final neto después de efectuar las deducciones, así como la información que para el efecto determine la Superintendencia Financiera de Colombia.*

El afiliado podrá solicitar una proyección de su expectativa pensional a la Administradora en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la administradora respectiva la información adicional que requiera sobre su situación familiar y beneficiarios, entre otros factores necesarios para la estimación. La proyección de la expectativa pensional se

calculará con base en las normas legales existentes. El afiliado tiene derecho a contar con asesoría personalizada para este efecto.

En el caso del Régimen de Prima Media, Colpensiones, o quien haga sus veces, deberá poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales de que disponga y, anualmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:

a) Las deducciones efectuadas;

b) El número de semanas cotizadas durante el periodo de corte del extracto;

c) El ingreso base de cotización de los aportes efectuados en los últimos seis meses;

d) La información que determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 1°. Adicionar un inciso 2 al artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero, cuyo texto es el siguiente:

En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 2°. En un plazo no mayor a sesenta (60) días, el Gobierno Nacional reglamentará la forma en que se deberán efectuar los cálculos de que trata este artículo. De los respectivos proyectos de decreto se informará a las Comisiones Económicas Terceras del Congreso.

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

II. FUNDAMENTOS DE DEMANDA

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad lo resume la actora de la siguiente manera:

Establece una violación a los derechos constitucionales a la información, al hábeas data a la igualdad, a la seguridad social.

Para establecer dicha violación la demandante manifiesta que existió una omisión legislativa relativa y por lo tanto debe declararse la exequibilidad condicional de norma acusada en el entendido que Colpensiones o la entidad que haga sus veces debe informar al a sus afiliados sobre el número de semanas que el hacen falta por cotizar para acceder a la pensión.

Para el sustento de la omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador manifiesta la demandante que se “dejo a los afiliados al RPM sin la posibilidad de acceder a la información necesaria para proyectar su futuro pensional, al no saber cuántas semanas le hacen falta para pensionarse o controlar los aportes realizados o poder solicitar un cálculo aproximado de lo que podría ser su pensión, se dejó a los afiliados del RPM sin posibilidad de adoptar decisiones libres e informadas sobre su futuro pensional tal situación genera una vulneración del derecho a la igualdad”.

En lo que respecta al derecho a la igualdad se transcriben apartes de la sentencia C-250 de 2012, M.P Humberto Sierra Porto, y manifestando que sí bien es cierto cada régimen pensional es autónomo e independiente, y que los requisitos para acceder a una pensión en cada uno son diferentes: en el primero depende de requisitos de edad y tiempo, mientras en el segundo la pensión se reconoce en función del capital acumulado, ambos cumplen un mismo rol como estructuras constitutivas del Sistema General de Pensiones, por lo que ambos regímenes deben garantizar en igual medida y sin que se establezcan circunstancias injustificadas de discriminación , todos aquellos derechos que se deriven de la seguridad social.

Anticipándonos a la solicitud final, manifestamos que no compartimos lo solicitado por la demandante ya que consideramos que no hay violación alguna a la Constitución y por consiguiente se debe declarar la EXEQUIBILIDAD de los apartes acusados.

Los argumentos son los siguientes:

III. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN.

En sentencia C-241 de 2014, la Sala Plena estimó que no todo trato diferenciado *per se* es contradictorio, en la medida en que *“la norma puede conferir un tratamiento distinto a personas que aparentemente se encuentran en un mismo estadio de igualdad, pero que por razones ajenas a las previstas en la ley son desiguales”*. De igual modo, argumentó que *“la igualdad no descarta la posibilidad de que se administre un tratamiento diferente a sujetos y situaciones de facto que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique*.

De lo anterior consideramos que el legislador podía hacer esta diferenciación ya que:

- Los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993 son incompatibles encontrando que la principal diferencia entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, (sistema de capitalización individual) y el Régimen de prima Media con Prestación Definida (sistema de reparto) es la forma de financiamiento de las pensiones.

- En el Sistema de Reparto la **pensión** de cada persona se financia en parte con los aportes que realizan los trabajadores activos y el Estado, por lo tanto, el dinero aportado va a un fondo común con el cual se financian las prestaciones. En el Sistema de Capitalización Individual, cada afiliado posee una cuenta donde se depositan sus cotizaciones previsionales, las cuales se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones que las Administradoras realizan con los recursos de los Fondos. Al término de la vida activa, este capital le es devuelto al afiliado o a sus beneficiarios sobrevivientes en la forma de alguna de las modalidades de pensión.

Por otra parte, el Sistema de Reparto se caracterizaba por tener cotizaciones indefinidas y beneficios definidos. Es decir, el monto de la pensión no se relacionaba necesariamente con lo aportado durante la vida activa, sino con el

cumplimiento de ciertos requisitos que daban derecho a una pensión previamente definida.

Para una mayor claridad en la forma de la exposición que presentamos haremos un cuadro comparativo de las diferencias que creemos pertinentes para sustentar r nuestra posición:

RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA	RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD
Administrada por la Administradora Colombiana de Pensiones. COLPENSIONES	Administrada por los Fondos de Pensiones del sector privado. AFP
Solidario En ambos regímenes se presenta una cofinanciación estatal, los recursos públicos se destinan a asegurar que el valor de todas las pensiones corresponda al que resulte de aplicar las reglas de liquidación respectivas.	Solidario En ambos regímenes se presenta una cofinanciación estatal en el RAIS los subsidios se dirigen a la población que no alcanza a obtener un ahorro que asegure una pensión de al menos 1 SMLMV. En este caso se evidencia a través de la Pensión con Garantía Mínima
Fondo común.	Multifondos. Cuenta de ahorro individual
Sistema de reparto publico	Derecho financiero definido en el mercado.
	El Fondo invierte los aportes de los afiliados en activos financieros y les garantiza una tasa de rendimiento
Con el fondo común se financian todas las pensiones.	Las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual. En el caso de la pensión de sobreviviente y de invalidez el seguro previsional cubre el saldo y la cuenta de ahorro individual financian dichas pensiones.
Sobre el ingreso base de cotización (IBC) se descuenta el 3% para la administración.	Sobre el ingreso base de cotización (IBC) se descuenta el 3% para la administración y para un seguro previsional.
La pensión de vejez de obtiene al cumplir la edad y semanas requeridas	El derecho a la de vejez se obtiene con base en el capital depositado en

<p>por la ley.</p>	<p>la respectiva cuenta la cual está integrada por cuatro componentes básicos: las cotizaciones obligatorias; las cotizaciones voluntarias; los rendimientos financieros y el bono pensional.</p>
<p>En el evento que no se cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, el afiliado o beneficiarios tienen derecho a una indemnización sustitutiva.</p>	<p>En el evento que no se cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, el afiliado o beneficiarios tienen derecho a la devolución de saldos.</p>
<p>El manejo técnico-financiero del régimen solidario de prima media con prestación definida, se encuentra sujeto al denominado: <i>cálculo actuarial</i>. Este consiste en proyectar la suficiencia material de los recursos presentes, cotizaciones futuras y de sus posibles rendimientos, para asegurar el pago de los beneficios pensionales a quienes puedan llegar a tener dichos derechos, en todos los casos previstos en la ley.</p> <p>Dicho cálculo actuarial depende no sólo de la alteración del monto de las cotizaciones, sino también - entre otros- de la existencia de: (i)<i>períodos de fidelidad</i>, como cuando se exige haber cotizado un determinado porcentaje de tiempo para tener derecho a un beneficio pensional; (ii)<i>períodos de carencia</i>, es decir, permanecer durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, en un régimen pensional concreto, sin hacer uso del derecho de traslado; (iii)<i>tasas de cotización</i>, o en otras palabras, porcentajes mínimos que deben excluirse de los ingresos bases de cotización, en aras de contribuir al financiamiento del sistema integral de seguridad social en pensiones; y en últimas, (iv) aumentos de edades, semanas de cotización o de otras</p>	<p>En aras de garantizar la rentabilidad de este régimen, el conjunto de cuentas individuales constituye un "<i>fondo de pensiones</i>" como patrimonio autónomo e independiente del de las sociedades administradoras. Sobre dicho fondo, las entidades administradoras garantizan una rentabilidad mínima, la cual se distribuye entre las cuentas individuales, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período (Ley 100 de 1993, artículo 101).</p> <p>A pesar de la diversidad en el manejo de los recursos y de las características particulares y disímiles de cada régimen, al igual que sucede en el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el Estado asume el papel de garante, en desarrollo del artículo 48 de la CP. En esos términos, la ley dispone que el Estado tiene la obligación de asegurar el monto de los ahorros y el pago de las pensiones por intermedio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras</p>

<p>expectativas legítimas para adquirir los beneficios pensionales. (C 623 de 2004)</p> <p>Cuando la deficiencia financiera del sistema impide su sostenibilidad, es el Estado el llamado a través <i>subsídios implícitos</i> a asegurar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legalmente reconocidas (C.P. art. 53).</p>	<p>(FOGAFÍN). (C 623 de 2004)</p>
--	-----------------------------------

EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Los Multifondos fueron implementados con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2373 de 2010, mediante al cual se crean tres tipos de fondos con distintos portafolios de inversión según el riesgo: adverso (conservador), neutral (moderado) y de alto riesgo, en los cuales cada trabajador cotizante tiene la libertad de escoger el tipo de fondo al que quiere destinar sus aportes; y si no lo hace, la sociedad administradora se lo asignara de acuerdo a su perfil.

Lo anterior genera que dependiendo del portafolio de inversión que se escoja por parte del afiliado al fondo de RAIS existirá el riesgo.

- Fondo Conservador: Dirigido a personas con baja tolerancia al riesgo. Su prioridad es la preservación del capital acumulado, dado que está dirigido a personas que se encuentran cercanas a la edad proyectada para pensionarse y que prefieren obtener un menor rendimiento, que preocuparse por una posible pérdida.

- Fondo Moderado: Dirigido a personas de riesgo moderado que están dispuestas a tolerar caídas discretas en el capital acumulado como consecuencia del riesgo asumido, con el fin de buscar en el largo plazo una mayor rentabilidad que la de un fondo conservador.

- Fondo de Mayor Riesgo: Dirigido a personas con una alta tolerancia al riesgo, que se encuentran lejos de la edad proyectada para pensionarse y están dispuestas a asumir una mayor volatilidad en los rendimientos que puede afectar de manera importante el capital acumulado como consecuencia del riesgo asumido, con el fin de buscar en el largo plazo una mayor rentabilidad que la de un fondo moderado.

- Fondo Especial de Retiro Programado: Con el cual se busca una administración orientada al pago de las pensiones.

Como se concluye el portafolio trae diversos perfiles de riesgo diferenciados en la práctica por edades, capacidad de ahorro y expectativa de acceso a la prestación.

Aunado a lo anterior podemos decir que en el régimen de ahorro individual los recursos existentes en las cuentas individuales de cada uno de los afiliados son invertidos en papeles y otras alternativas del mercado, tales como TES, bonos, CDT y acciones, entre otros. Es decir que los saldos de las cuentas individuales se encuentran representados en las inversiones que realiza el fondo. En consecuencia, como quiera que de conformidad con lo establecido en el Capítulo XII de la Circular Externa No. 100 de 1995 expedida por la Superintendencia, los fondos de pensiones obligatorias deben valorar todos los días sus inversiones a precios de mercado, es decir al precio por el cual las puede vender en el mercado, el saldo de las cuentas individuales de los afiliados se afecta no sólo por los aportes y retiros que se realicen, sino también por las variaciones en el valor de mercado de las inversiones, las cuales cambian de un día a otro como consecuencia de factores tanto externos como internos que originan, por ejemplo, fluctuaciones en las tasas de interés, caída en los precios de las acciones y otros títulos, situaciones que no dependen del control de los administradores de los fondos de pensiones obligatorias.

Por lo tanto, si el valor de mercado de las inversiones aumenta, el valor de las cuentas individuales también aumenta, generando para los afiliados un ingreso contable por valoración, ingreso que se realiza si el fondo vende la inversión.

Por el contrario, si el valor de mercado de las inversiones disminuye, el valor de las cuentas individuales disminuye, ocasionando para los afiliados una pérdida contable por valoración, la cual igualmente se realiza si el fondo tiene que vender la inversión para atender, por ejemplo, pagos de mesadas o para contratar una renta vitalicia. En el evento en que el fondo no tenga que salir a vender la inversión cuando los precios estén bajos, la pérdida no se realiza y la rentabilidad de la misma estará dada por la tasa de interés a la cual se compró el título. (Superintendencia Financiera. Concepto 2008082732-001 del 18 de diciembre de 2008).

Como corolario de lo anterior podemos afirmar que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el derecho a recibir una pensión es un derecho financiero, propiedad de la persona - aunque el valor de ese derecho dependerá de una amplia variedad de circunstancias económicas, tales como el estado de los mercados de activos financieros, tipos de interés y la tasa de inflación.

EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

En la seguridad social, se denomina reparto, a un sistema de seguro solidario para la vejez. El sistema de reparto se organiza sobre la base de un aporte obligatorio realizado por los trabajadores en actividad, por una parte, los empresarios por la otra y el Estado, con el que se forma un fondo para atender las pensiones de los afiliados.

Se caracteriza por tener en general beneficios definidos una vez cumplidos los requisitos que establezca la ley como son edad y semanas cotizadas, y el monto de la pensión no se relaciona necesariamente con lo aportado durante la vida activa, sino con una definición distinta, en nuestro país el manejo técnico-

financiero del régimen solidario de prima media con prestación definida, se encuentra sujeto al denominado: *cálculo actuarial*, este consiste en proyectar la suficiencia material de los recursos presentes cotizaciones futuras y de sus posibles rendimientos, para asegurar el pago de los beneficios pensionales a quienes puedan llegar a tener dichos derechos, en todos los casos previstos en la ley.

Dicho cálculo actuarial depende no sólo de la alteración del monto de las cotizaciones, sino también -entre otros- de la existencia de: (i)*períodos de fidelidad*, como cuando se exige haber cotizado un determinado porcentaje de tiempo para tener derecho a un beneficio pensional; (ii)*períodos de carencia*, es decir, permanecer durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, en un régimen pensional concreto, sin hacer uso del derecho de traslado; (iii)*tasas de cotización*, o en otras palabras, porcentajes mínimos que deben excluirse de los ingresos bases de cotización, en aras de contribuir al financiamiento del sistema integral de seguridad social en pensiones; y en últimas, (iv) aumentos de edades, semanas de cotización o de otras expectativas legítimas para adquirir los beneficios pensionales. (Sentencia C 623 de 2004)

Cuando la deficiencia financiera del sistema impide su sostenibilidad, es el Estado el llamado a través *subsídios implícitos* a asegurar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legalmente reconocidas (C.P. art. 53).

En nuestro criterio existe una razón justificable para la exigencia diferenciada que se le hace a los fondos privados pues mientras en ellos el afiliado está constantemente sometido a cambios y variación del mercado lo cual hace necesario que se le dé una información constante y precisa, no ocurre lo mismo con el régimen de prima media pues como se explicó este régimen tiene completamente claros y definidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez; los cuales actualmente para quienes perdieron régimen de transición son edad 62 hombres 57 mujeres y 1.300 semanas.

Consideramos que una vez establecidas para este caso las características diferenciadas y la autonomía de los regímenes de pensiones contemplados en la Ley 100, así como el principio de libre elección, NO existe vulneración al principio de igualdad; al respecto, se destaca el siguiente aparte de la sentencia C-086 de 2002¹:

“De manera, que no puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad en el caso de las normas acusadas pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada 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.”

¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Para terminar es claro que la demandante en su exposición no logra demostrar cual fue la vulneración a la Constitución, no es suficiente afirmar que se da un trato diferenciado a dos o más tipos de personas, sino que es necesario demostrar con razones constitucionalmente válidas la ausencia de justificación objetiva y razonable para ese trato; en otros términos, no se expusieran razones claras, ciertas, suficientes y pertinentes para señalar que los grupos descritos se encuentran en las mismas circunstancias de hecho y de derecho y deben recibir el mismo tratamiento jurídico.

IV. SOLICITUD

El observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional que declare EXEQUIBLE la norma demandada, artículo 2 (parcial) de la Ley 1748 de 2014.

En los anteriores términos dejo rendido mi 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.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

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

DIANA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 6716375

Profesora Área de Derecho Laboral

Facultad de Derecho Universidad Libre Bogotá.