



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **ALBERTO ROJAS RIOS**

E .S. D.

Referencia: Expediente **D-12042**

Concepto del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 797 de 2003 artículo 10 (parcial).

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 23 de mayo de 2017, 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.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano **EDGAR ALONSO CORREA** promueve demanda con radicado No. D-120427 mediante la cual pretenden se declare la inconstitucionalidad del artículo 10 parcial (subrayado) de la Ley 797 de 2003 que establece:

Artículo 10: El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

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 LA DEMANDA

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad se resume de la siguiente manera:

El actor sostiene que la norma es violatoria de la Constitución Política en especial del artículo 53 ya que la interpretación de la norma que se viene dando por los fondos de pensiones vulneran el principio de favorabilidad al no establecer que puede darse un aumento del 1.5% del ingreso base de liquidación no sólo por cada 50 semanas adicionales cotizadas sino cuando son menos.

El actor establece que al hacerse la interpretación por Colpensiones y decir que los aumentos sólo son por cada 50 semanas adicionales termina vulnerando el derecho, ya que si una persona tiene 99 semanas el aumento según la interpretación del fondo de pensiones sólo sería de 1.5% y debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad y el número de semanas adicionales deben tomarse en su totalidad y así el aumento sería de 2.97%.

El demandante así mismo menciona que si bien es cierto a la Corte Constitucional no le corresponde resolver controversias en torno a la aplicación o interpretación de las normas, pero excepcionalmente puede asumir el control de constitucionalidad sobre la interpretación uniforme de una disposición (sentencias C-259 de 2015 en igual sentido C-426 de 2002, C496 de 1994, C-416 de 2014).

Desde ahora manifestamos que consideramos que el aparte demandado debe ser declarado inexecutable y en caso de declararse su executable la misma debe ser de manera condicionada, en el entendido que “se debe tener en cuenta todas las semanas adicionales estableciendo la proporcionalidad al momento de hacer el cálculo matemático.”

III. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

artículo 48 de la C.P que establece que, *“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...”*.

Igualmente se debe tener en cuenta que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, *“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”*. Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”*.

Es así como la norma demandada viola el principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales y los principios mínimos fundamentales del trabajo que se consagran en el artículo 53 de la C.P., ya que al efectuar la comparación entre lo que disponía el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y lo que dispone hoy el artículo 10 de la Ley 797 del 2003, tenemos que tal modificación es regresiva a la expectativa legítima de pensionarse de las personas que a la entrada en vigencia de la Ley 797 estaban afiliadas al sistema de pensiones.

Por otra parte, se considera que la norma es regresiva porque con la modificación de la Ley 797 de 2003, también se afectó los porcentajes adicionales sobre las cincuenta (50) semanas adicionales ya que los porcentajes que se sumaban a los montos de la pensión sobre el ingreso base de liquidación, que antes era de un dos por ciento (2%) y del tres por ciento (3%) sobre las 1200, ahora es de un uno punto cinco por ciento (1.5%) sobre el monto de la pensión entre el cincuenta y cinco por ciento (55%) y el sesenta y cinco por ciento (65%) a partir de las cincuenta (50) semanas, lo que constituye una exagerada desproporción que lesiona de forma concreta los requisitos para pensionarse y el ingreso base de liquidación de la pensión.

Respecto de la norma demandada podemos afirmar que el Estado colombiano no ha tenido en cuenta, como criterios para formular e implementar reformas legislativas, la obligación de progresividad en materia de DESC y la prohibición de regresividad que se deriva de ella, puesto que la norma demandada demuestra que antes de avanzar hacia la efectiva y completa garantía de los DESC para el conjunto de la población colombiana, ha adoptado medidas que constituyen retrocesos deliberados que carecen de suficiente justificación de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, como se pudo concluir en los apartes anteriores.

Recomendación de la OIT

En el año 2012 la OIT expidió la Recomendación en la cual establece unos mínimos que deben ser cumplidos y observados por los países miembros. En el preámbulo se estipula entre otros asuntos los siguientes:

- Se afirma que el derecho a la seguridad social es un derecho humano; y se reconoce que el

Dentro de los objetivos de la recomendación se tiene que la recomendación proporciona orientaciones a los miembros para:

- a) establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y;
- b) poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social.

A efectos de la presente Recomendación, los pisos de protección social constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Como se lee de la anterior recomendación la OIT insta a los países miembros a que de manera progresiva establezca políticas que proporcionen unos pisos de protección social a los ciudadanos y entre ellos están consagrados los derechos pensionales.

La Jurisprudencia Constitucional y el principio de Progresividad

Este principio la Corte constitucional lo ha institucionalizado en múltiples sentencias, por ejemplo en la SU-225 de 1997, donde señala que la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. Igualmente, se ha acogido dentro de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales en el sentido de que el mandato de progresividad de los DESC no excusa al Estado del cumplimiento del deber de que con el máximo de los recursos disponibles se provea por la cobertura universal de los contenidos de éstos derechos.

Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe *prima facie* la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad *prima facie* del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,

“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que

porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”¹.

La doctrina como la jurisprudencia han dado por sentado que conceptualmente los principios constituyen un mandato de integración, optimización y armonización de los fundamentos del Derecho del Trabajo, situación que hace indispensable e imprescindible tenerlo en cuenta para el correcto ejercicio y comprensión de la totalidad de las instituciones propias del Derecho del Trabajo.

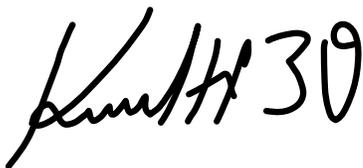
Con base en lo anterior podemos afirmar que el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 quebranta la Constitución al ser violatoria, entre otros del artículo 53, en lo que respeta al principio de favorabilidad y en espacial al principio de indubio pro-operario en el cual es claro que al ser interpretada una norma debe darse la interpretación que favorezca al trabajador, en este caso a la persona que aspira a pensionarse, y por eso en la interpretación del artículo 10 se deben tener en cuenta para el ingreso base de liquidación todas las semanas cotizadas.

IV. SOLICITUD

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar la INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA y en caso de ser declarada la EXEQUIBILIDAD, la misma se condicione; para que dicho precepto legal deba ser entendido en el sentido “se debe tener en cuenta todas las semanas adicionales estableciendo la proporcionalidad al momento de hacer el cálculo matemático.”

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

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com

Firmado/autorizado **DPJA**

DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 6671635.

Docente.

Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.