

COMUNICADO No. 35

Agosto 26 de 2020



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

LA AUSENCIA DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL EXIGIDA POR LA CONSTITUCIÓN PARA LOS PROYECTOS DE LEY RELATIVOS A TRIBUTOS QUE PUEDEN SER IMPUESTOS, TASAS O CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, DETERMINÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO OBJETADO POR EL GOBIERNO NACIONAL QUE MODIFICABA EL NÚMERO DE SEMANAS DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE PENSIÓN

I. EXPEDIENTE OG-160 - SENTENCIA C-349/20 (agosto 26)

M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Normatividad objetada

El gobierno nacional objetó por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de Ley 205 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, “*por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres*”. A continuación, se transcribe el texto del proyecto objetado

“LEY No. ____

Por medio de la cual se modifica el número de semanas a cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres

Artículo 1º.- Modifíquese el numeral 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

1. Haber cotizado un mínimo de mil cientos cincuenta (1.150) semanas si es mujer o mil trescientas (1.300) si es hombre.

Parágrafo 1. En los casos previstos en el numeral 2 del presente artículo, si la mujer lo estima conveniente podrá seguir cotizando a fin de alcanzar el monto de la pensión consagrado en el artículo 34.

Parágrafo 2. El beneficio de pensionarse con 1.150 semanas cotizadas obrará exclusivamente en favor de las mujeres que cumplen con el requisito de garantía de pensión mínima.

En todo caso, la suma de la pensión, rentas y remuneraciones de la afiliada o sus beneficiarios no superará dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo dispuesto en el presente parágrafo aplica al régimen de primera media y al régimen de ahorro individual.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 34.- Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas según el artículo 33 de la presente ley, será el equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65% y 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.

Por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará 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.

Artículo 3º. La presente ley entra a regir a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

2. Decisión

Primero. DECLARAR FUNDADA la objeción por inconstitucionalidad formulada por el gobierno nacional contra el Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*, analizada en esta providencia.

Segundo. En consecuencia, **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

Tercero. En virtud de lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución, ordenar el **ARCHIVO** del Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

3. Síntesis de la providencia

Con fundamento en el artículo 241.8 de la Constitución Política, la Corte Constitucional decidió sobre las objeciones planteadas por el gobierno nacional al proyecto de ley que dispone una reducción en el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez, por parte de las mujeres.

El Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público formularon tres tipos de cuestionamientos, todos fundados en razones de inconstitucionalidad: (i) primero, el acto normativo no contó con el aval gubernamental requerido por el artículo 154 de la Carta Política; (ii) segundo, las medidas desconocen la sostenibilidad financiera del sistema pensional, al disponer una disminución en el recaudo de cotizaciones en el régimen de prima media y un incremento en las cargas prestacionales, sin que se hubiera contemplado una fuente alternativa de financiación; (iii) tercero, la creación de un privilegio sobre el número mínimo de semanas de cotización para la consolidación del derecho pensional en favor de un grupo determinado sin la adopción correlativa de medidas que permitan reducir su impacto financiero, constituye una violación de los principios de solidaridad y eficiencia, en tanto impone cargas excesivas a los demás afiliados al RPM que también están en condiciones de debilidad y aun así asumen las cargas necesarias para garantizar el acceso a sus prestaciones en condiciones técnicas de sostenibilidad financiera.

Una vez remitido el proyecto a este tribunal el día 30 de mayo de 2018, la Corte encontró que el Congreso falló al tramitar las objeciones, por aprobar el informe respectivo mediante votación ordinaria y no mediante votación nominal y pública en la Cámara de Representantes. Por tal motivo, en el auto No. 563 de 2018 se ordenó devolver el expediente legislativo para subsanar el vicio dentro de los treinta días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de la providencia, y remitir de nuevo el expediente a este tribunal, para resolver sobre la constitucionalidad del proyecto de ley.

El día 18 de febrero de 2020, el Secretario General del Congreso de la República remitió el proyecto, informando que la subsanación del vicio se produjo el 20 de noviembre de 2018, cuando se realizó la votación del informe de las objeciones en la Cámara de Representantes. Pese a la tardanza en la elaboración del acta y en la remisión del expediente a este tribunal, la Sala Plena concluyó que la falencia procedimental identificada en el auto No. 563 de 2018 había sido enmendada

satisfactoriamente, y que, por tanto, había lugar al examen de las objeciones planteadas por el gobierno nacional.

La Corte concluyó que los reparos por el desconocimiento de la exigencia del aval gubernamental debían prosperar. A la conclusión anterior se arribó al considerar, primero, que según el artículo 154 de la Carta Política las medidas legislativas que disponen la exención de tributos deben ser de iniciativa gubernamental o en su defecto del aval del Ejecutivo, segundo, que el proyecto de ley estaba sometido a esta exigencia, y tercero, que la misma no fue atendida por el Congreso.

En efecto, según el artículo 154 de la Constitución, las medidas legislativas que establecen exenciones de tributos deben ser de iniciativa gubernamental, tributos que pueden ser tasas, impuestos o contribuciones parafiscales.

En este caso, el proyecto de ley dispone que las mujeres adquieren el derecho a la pensión de vejez cuando cotizan, no las 1.300 semanas que en general se requiere según la Ley 100 de 1993, sino únicamente 1.150 semanas. Se trata entonces una medida que recae sobre los aportes individuales al sistema pensional, esto es, sobre una contribución parafiscal como modalidad especial de tributo en el que concurren los elementos de obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, según ha reconocido este tribunal en las sentencias C-895 de 2009, C-828 de 2001, C-422 de 2016, C-800 de 2003, C-262 de 2013, C-289 de 2014, C-655 de 2003, C-349 de 2004, C-1000 de 2007, C-430 de 2009, C-066 de 2018 y C-178 de 2016. Frente a esta modalidad de contribución parafiscal, el proyecto de ley consagró una exención, en tanto que, por vía de reconfigurar las exigencias sustantivas para acceder al derecho a la pensión para un grupo de personas, lo liberó de una carga tributaria; de esta suerte, aunque la normatividad demandada no modificó directamente los elementos de la obligación tributaria a cargo de los trabajadores dependientes e independientes, pues el hecho, la base gravable y la tarifa se mantienen en los mismos términos, de manera indirecta sí liberó parcialmente a un conjunto de mujeres de este gravamen, al permitirles acceder a la pensión de vejez con 1.150 semanas de cotización, y no las 1.300 que se requieren de manera general.

Acotó la Corte que el alcance de la intervención gubernamental en los procesos legislativos debe establecerse en función del objetivo del constituyente de robustecer los procesos de deliberación en los asuntos que, como este, tienen la mayor envergadura dentro de la organización política, para que sean objeto de un análisis cualificado por parte de instancias técnicas especializadas, en lineamiento con los principios que deben irradiar el sistema pensional, en los términos del artículo 48 de la Carta Política.

Pese a la exigencia anterior, el proyecto de ley fue de iniciativa de algunos congresistas y no del Ejecutivo, y, una vez iniciado el trámite de aprobación legislativa, el gobierno no sólo no avaló las medidas allí contenidas, sino que también se opuso abierta, expresa y directamente durante el procedimiento de aprobación de la ley.

En la medida en que el vicio anterior es insubsanable, la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley, sin entrar a analizar las objeciones por el desconocimiento de los principios de sostenibilidad financiera, y de equidad, solidaridad, universalidad y eficiencia del sistema pensional.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvó su voto al considerar que la Corte Constitucional debió declarar exequible el proyecto de Ley 206 de 2016 Senado 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

En la providencia objeto de salvamento, con fundamento en que el proyecto de ley versaba sobre una iniciativa de orden tributario, se determinó que el artículo 154 de la Carta Política imponía que durante el trámite legislativo se diera la intervención del Gobierno Nacional.

Diametralmente opuesto con esa postura de la mayoría de la Sala Plena, el magistrado **ROJAS RÍOS** sostuvo que la norma en estudio no era propiamente de naturaleza tributaria y se enmarca en la competencia prevista en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución¹, ya que lo que busca regular es un aspecto concerniente al servicio público y derecho a la seguridad social, materia que puede ser desarrollada por el Congreso de la República sin requerir de aval gubernamental.

En ese contexto señaló que el objeto del proyecto de ley consistía en modificar el tiempo de cotización para acceder a la pensión por parte de las mujeres que devengan menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuestión que se enmarca en el ámbito material de la seguridad social y no tiene relación alguna con una exención tributaria, como erróneamente fue interpretado por la mayoría de la Sala Plena, pues la disposición examinada no contemplaba una exoneración del pago de los aportes al sistema pensional sino una reducción en el tiempo de cotización exigido para las mujeres.

Precisó que, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la iniciativa legislativa indebidamente declarada inexecutable tenía por objeto corregir una asimetría entre la edad para que se pensionen las mujeres y las semanas de cotización que les resultarían obligatorias para tal fin, todo ello, de cara a la posición de desventaja que históricamente han tenido las mujeres en la organización social, particularmente en el ámbito laboral. De este modo, se trataba de una **acción afirmativa** en favor de las mujeres que devengan menores ingresos y que dedican tiempo al cuidado no remunerado de otras personas². Sobre este último aspecto, descartó la supuesta afectación a la sostenibilidad fiscal por considerar que si a las mujeres efectivamente se les pagara el valor del doble rol que cumplen, este sería muy superior a aquel rubro que se dice que se estaría afectando. Subrayó que dicho cálculo era conocido por el Gobierno Nacional, toda vez que es obligatorio incluirlo en el sistema de cuentas que anualmente determina el DANE y que, por ejemplo, en el año 2017 fue de \$332.515 millones de pesos, valor muy superior a lo que comparativamente produjo el comercio en el mismo año.

En ese orden de consideraciones, recordó que la flexibilización de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación para corregir asimetrías ya se había presentado en un caso anterior. Puntualmente, en el caso de la madres y padres cabeza de familia que cuidan hijos con pérdida de capacidad laboral, a quienes se les exigen 1000 semanas a partir de la modificación incorporada en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que fue declarada executable por la Corte en sentencia C-227 de 2004. En dicha oportunidad, esta Corporación abordó el número de semanas de cotización como un asunto concerniente al derecho a la seguridad social y no como una materia de naturaleza tributaria, como erradamente fue asumido en la sentencia objeto de disenso.

Sostuvo que dicho precedente debió ser tenido en cuenta en esta oportunidad para el análisis de las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional en orden a determinar, a partir de ello y en función del principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

¹ **ARTÍCULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

² Ley 1413 de 2010, “Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas.

que el Congreso cumplió el mandato constitucional de avanzar en la consecución de los derechos sociales, razón por la cual actuó dentro del margen de configuración que le atribuye el artículo 150 de la Carta Política³.

Los magistrados **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**, y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclararon el voto sobre algunos aspectos de la fundamentación de esta decisión. Por su parte, el magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** se reservó la posibilidad de una aclaración de voto.