



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 576

Bogotá, D. C., viernes, 21 de julio de 2017

EDICIÓN DE 36 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

TEXTOS DE PLENARIA

TEXTO DEFINITIVO PLENARIA CÁMARA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 073 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se reglamenta la destinación de la maquinaria pesada incautada en actividades ilícitas, se crea el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. La maquinaria pesada que sea encontrada en la realización de actividades ilícitas ejercidas por cualquier persona natural o jurídica, también será objeto de la extinción de dominio a que hace referencia la Ley 1708 de 2014.

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley, entendiéndose como maquinaria pesada, toda aquella tecnología de construcción, agricultura o minería, la cual se destina para realizar tareas como el movimiento de tierra, construcción, levantamiento de objetos pesados, demolición, excavación o transporte de material.

Artículo 2°. Créese el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada, el cual es una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Transporte. Dicho fondo tendrá por objeto la administración para entregar en comodato maquinaria pesada que haya sido objeto de extinción de dominio, en los términos del artículo 1° de esta ley.

Parágrafo. El Ministerio de Transporte, será el encargado de reglamentar la estructura y el

funcionamiento del Fondo Nacional de Maquinaria Pesada.

Artículo 3°. La maquinaria pesada será entregada semestralmente en calidad de comodato, previa convocatoria por el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada a los municipios de categorías 4°, 5° y 6°, para que estos las utilicen en la implementación o ejecución de obras públicas que beneficien a la comunidad.

Toda aquella organización de campesinos o asociación gremial agropecuaria que declare ante notario público, que no cuenta con recursos económicos y que requiera maquinaria, también se puede postular en las convocatorias y les será dada la maquinaria; con el objeto de incentivar la producción agropecuaria y generar competitividad en el sector. En el caso de las organizaciones campesinas la asignación se hará a título gratuito.

Parágrafo 1°. El procedimiento para la entrega de maquinaria pesada en calidad de comodato a los entes territoriales y a los campesinos, será reglamentado por el Ministerio de Transporte.

Parágrafo 2°. Si varios municipios aledaños consideran que no tienen de manera individual condiciones para el mantenimiento de la maquinaria, podrán asociarse para obtener colectivamente los beneficios de esta ley.

Artículo 4°. Las empresas de agroindustria, podrán tomar en arrendamiento o leasing la maquinaria excedente.

Parágrafo. En el caso de que las empresas de agroindustria, tomen en arrendamiento la maquinaria excedente, los ingresos que se obtengan como productos de este canon, tendrán como destino prioritariamente el mantenimiento y renovación del Fondo de Maquinaria.

Artículo 5°. El Ministerio de Transporte tendrá la obligación de vigilar el cumplimiento de los contratos suscritos por el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada, con el acompañamiento de los órganos de control y la Defensoría del Pueblo.

Parágrafo. En caso de existir incumplimiento del contrato, el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada podrá dar por terminado unilateralmente el mismo de forma inmediata, sin mayores requerimientos.

Artículo 6°. El Ministerio de Transporte cuenta con seis (6) meses, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, para crear, reglamentar y poner en funcionamiento el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada.

Artículo 7°. Cuando lo incautado sea maquinaria pesada, en el transcurso de los procesos judiciales de extinción de dominio la tenencia, custodia, administración y destinación de dichos bienes estará a cargo del Fondo Nacional de Maquinaria Pesada en los términos de los artículos 92 a 97, 99, 100, 102 a 110 del Capítulo VIII de la Ley 1708 de 2014 y con la ejecutoria de la sentencia que extingue el dominio, la maquinaria pesada pasará a ser de propiedad.

Artículo 8°. Adiciónese un parágrafo al artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, el cual dirá así:

Parágrafo. Se exceptúa de la competencia del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco), la maquinaria pesada la cual será de competencia del Fondo Nacional de Maquinaria Pesada.

Artículo 9°. La maquinaria pesada que cuente con extinción de dominio a favor del Fondo Nacional de Maquinaria Pesada y que no pueda ser trasladada, lo mismo, la maquinaria pesada que se encuentre a disposición de dicho fondo por un término superior a tres (3) años, podrá ser desarmada y ser vendida por este.

Parágrafo. El Ministerio de Transporte queda facultado para reglamentar lo referente a los procedimientos que se requieran para cumplir con este artículo.

Artículo 10. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las establecidas en el Decreto número 2235 de 2012 del Gobierno nacional.

ATILANO ALONSO GIRALDO ARBOLEDA
Ponente

SECRETARÍA GENERAL

Bogotá, D. C., junio 30 de 2017

En Sesión Plenaria del día 16 de junio de 2017, fue aprobado en segundo debate el texto definitivo con modificaciones del Proyecto de ley número 073 de 2016 Cámara, *por medio de la cual se reglamenta la destinación de la maquinaria pesada incautada en actividades ilícitas, se crea el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada y se dictan otras disposiciones.* Esto con el fin de que el citado proyecto de ley siga su curso legal y reglamentario y de esta manera dar

cumplimiento con lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992.

Lo anterior, según consta en el Acta de Sesión Plenaria número 227 de junio 16 de 2017, previo su anuncio en sesión del día 15 de junio de los corrientes correspondiente al Acta número 226.



JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
Secretario General

OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 049 DE 2015 CÁMARA, NÚMERO 206 DE 2016 SENADO

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

OFII7-00087292 / JMSC 110200

Bogotá, D. C., lunes, 17 de julio de 2017

Doctor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Bogotá, D. C.

Asunto: Objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara número 206 de 2016 Senado, *por medio de la cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres.*

Respetado Presidente:

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 165, 166 y 167 de la Constitución Política, el Gobierno nacional se permite devolver por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara, número 206 de 2016 Senado, *por medio de la cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres.*

• **Razones para objetar el proyecto por inconstitucionalidad.**

- El proyecto es inconstitucional por violación del artículo 154 superior, en tanto establece un beneficio tributario sin el aval expreso del Gobierno. Dado que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los aportes al sistema general de seguridad social integral (salud y pensiones) son aportes parafiscales, la supresión de la obligación de cotizar total o parcialmente constituye un beneficio tributario cuya consagración legal requiere del aval expreso del Gobierno, representado en este caso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, única carter con la competencia legal para ese efecto.

- El Legislador ha omitido el deber de garantizar la sostenibilidad financiera de esta modificación al sistema pensional, lo cual constituye una violación directa del mandato contenido en el artículo 48 constitucional modificado, por el Acto Legislativo número 01 de 2005, según el cual las leyes en materia pensional deben asegurar su sostenibilidad financiera. En razón a que el proyecto tiene impacto financiero en el régimen de prima media –en adelante RPM– por reducción del recaudo en cotizaciones y aumento correlativo del pasivo pensional, era deber del Legislador prever un mecanismo de financiación de la medida adoptada. El incumplimiento de este requisito tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la norma propuesta.
- La creación de este beneficio rompe el diseño de reparto de cargas públicas que atraviesa el RPM e impone obligaciones excesivas en favor de los demás afiliados al sistema, sin prever medidas que permitan moderar el impacto financiero del proyecto. Esto resulta contrario a los principios de solidaridad y eficiencia que informan el derecho a la seguridad social, en cuanto consagra un privilegio cuya financiación está a cargo de grupos poblacionales en situación de debilidad que –además de cumplir con las obligaciones que técnicamente permiten financiar sus prestaciones– tendrán que asumir cargas adicionales para financiar la reducción de semanas de cotización consagrada en favor de las mujeres en este proyecto.

Procedemos a exponer en detalle estas reflexiones.

1. Contravención del artículo 154 constitucional. La norma que impide el nacimiento de la obligación tributaria a un grupo específico de sujetos pasivos, supone una exención tributaria que requiere aval del Gobierno nacional, específicamente, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El proyecto de ley cuyo análisis nos ocupa modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para establecer un mínimo de 1.150 semanas de cotización para las mujeres como requisito para tener el derecho a la pensión de vejez.

Ello supone una reducción de 150 semanas de cotización. Por consiguiente, dicha disposición se traduce en una exención o exoneración en el pago de una contribución parafiscal que requería iniciativa gubernamental o aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El desconocimiento de este requisito en el trámite de la iniciativa supone un vicio insubsanable de constitucionalidad.

En este sentido, es importante resaltar que las cotizaciones –en el marco del Sistema General de Seguridad Social en pensiones– corresponden a contribuciones parafiscales de naturaleza tributaria y, por lo tanto, cualquier disminución o beneficio supone necesariamente una exención tributaria que requiere el aval del Gobierno nacional, representado

para tal efecto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este orden de ideas, el presente acápite se referirá inicialmente (i) a la naturaleza parafiscal, y por ende tributaria, de los aportes y cotizaciones al sistema de seguridad social, especialmente en el ámbito pensional; después (ii) abordaremos el artículo 154 constitucional, refiriéndonos a la necesidad del aval gubernamental en exenciones tributarias; para finalmente (iii) analizar el caso concreto.

1.1. La naturaleza parafiscal, y por ende tributaria, de los aportes y cotizaciones al sistema de seguridad social, tanto en salud como en pensiones.

La Corte Constitucional ha determinado, en variada y reiterada jurisprudencia, que los recursos de la seguridad social, tanto en materia de salud como en pensiones, tienen naturaleza parafiscal y, por lo tanto, corresponden a pagos tributarios.

Al respecto, la Corte afirmó en Sentencia C-895 de 2009¹:

Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02) (Subrayas propias del texto original y negrillas de esta Cartera).

En este sentido, es importante resaltar que las contribuciones, y particularmente las contribuciones parafiscales, son tipos de tributos, pues corresponden a manifestaciones del poder de imperio del Estado.

Así, la Corte Constitucional ha reiterado en diversa jurisprudencia² que “*es posible identificar claramente en el sistema fiscal colombiano tres tipos de tributos, a saber los impuestos, las tasas y las contribuciones, que si bien son todos fruto de*

¹ Véase Corte Constitucional. Sentencia C-895 de 2009, la cual recoge, entre muchas otras, las Sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004.

² En relación con la definición de las características de los tributos a que en este aparte de la sentencia se aluden ver, entre otras, las Sentencias C-040/93 M. P. Ciro Angarita Barón, C-465/93 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-545/94 M. P. Fabio Morón Díaz, C-577/95 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-1371/00 M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-1067/02 y C-1143/03 M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-226/04 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

la potestad impositiva del Estado, tienen cada una características propias que los diferencian”³.

Y especialmente frente a las contribuciones parafiscales, como especie tributaria, la Corte ha afirmado que:

“(…) [S]on gravámenes obligatorios que no tienen el carácter de remuneración de un servicio prestado por el Estado, no afectan a todos los ciudadanos sino únicamente a un grupo económico determinado, tienen una destinación específica por ser utilizados para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen, no están sometidas a las normas de ejecución presupuestal y son administrados por órganos que integran el mismo renglón económico”.⁴

En este orden de ideas, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte, es claro entonces que el pago que se realiza al Sistema General de Seguridad Social, por concepto de pensiones denominado cotizaciones, supone el pago de un tributo y específicamente de una contribución parafiscal y en esa medida, cualquier disposición que implique la modificación del hecho generador y la no causación de la misma, supone una disposición de índole tributario.

1.2. En caso de existir un beneficio o exención en una norma de carácter tributario, dicha norma debe ser de iniciativa gubernamental, o en su defecto, requiere aval del Gobierno nacional, específicamente, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A la luz de lo anterior, es claro que toda contribución parafiscal, por su naturaleza tributaria, se encuentra sometida a las reglas y principios aplicables a cualquier tipo de norma que ostente este carácter y específicamente a aquellas que rigen el procedimiento legislativo.

En este contexto, es preciso aclarar que tanto la Constitución como la propia Corte han resaltado que **la iniciativa legislativa para asuntos tributarios, y de establecimiento de beneficios, es privativa del Gobierno.** Así, si bien en variada jurisprudencia⁵ la Corte Constitucional ha establecido que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración al momento de establecer este tipo de beneficios, dicha libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente la de iniciativa gubernamental contenida en el artículo 154 de la Constitución Política, que establece:

“Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

³ Sentencia C-243/05. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Véase la Sentencia C-307/09. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵ Sentencias C-341 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y C-250 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales” (Subrayas fuera de texto original).

Al respecto, la Corte afirmó que⁶:

“...Sobre el particular, la Corte ha destacado que al legislador le corresponde, **a iniciativa del Gobierno**, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertas personas o actividades del pago de un tributo determinado, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten el otorgamiento del beneficio fiscal” (Subrayas por fuera del texto original).

Así las cosas, en materia de aportes a seguridad social en salud de los pensionados, por ejemplo, la Corte Constitucional realizó el análisis pertinente en la Sentencia C-838 de 2008, al pronunciarse sobre las objeciones presidenciales presentadas al Proyecto de ley número 026 de 2007 Senado, 121 de 2007 Cámara, mediante el cual se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 con el fin de establecer una tarifa de cotización en salud para los pensionados del 12%, considerando lo siguiente:

“En lo que se refiere a la exención tributaria, el proyecto de ley que fija el monto de las cotizaciones de los pensionados era uno de aquellos que, en virtud de lo prescrito por el segundo inciso del artículo 154 de la Constitución Política, correspondía a la iniciativa privativa o exclusiva del ejecutivo, pues dicha norma superior prescribe que solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que “decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”, y dado que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamado “contribución parafiscal”, es claro que el proyecto de ley correspondía a aquellos que son de la iniciativa exclusiva del Gobierno...” (Subrayas fuera del texto original).

De igual manera, la honorable Corte, en Sentencia C-1707 de 2000, al referirse a un caso similar, estableció que:

“...De conformidad con los anteriores supuestos, se tiene que la iniciativa de que trata el proyecto de ley objetado, en la medida que compromete la facultad constitucional de crear exenciones tributarias, radica de manera exclusiva y excluyente en el Ejecutivo, razón por la cual, acciones legislativas de esa naturaleza, solo pueden ser dictadas a instancias del Gobierno nacional o con su participación y consentimiento expreso.

⁶ En Sentencia C-748 de 2009, siguiendo la línea de la Sentencia C-183 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(...)

En efecto, en el entendido de que el proyecto de ley busca exonerar a los pensionados y beneficiarios del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder a los servicios de salud, es de interés señalar que siguiendo el criterio hermenéutico sentado por esta Corporación a lo largo de su extensa jurisprudencia, los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, a la cuenta del denominado régimen subsidiado...” (Subrayas propias).

Como se ve, la jurisprudencia de la Corte ha indicado de manera reiterada que las normas referentes a los aportes a seguridad social están restringidas por la iniciativa privativa del Gobierno a la que se refiere el artículo 154 de la Constitución y por lo tanto, son normas de iniciativa gubernamental.

Así pues, es claro que si una norma contiene un beneficio tributario y por ende corresponde a un asunto de iniciativa privativa del Ejecutivo, el proyecto correspondiente debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno nacional, lo que jurisprudencialmente se ha denominado “aval del Gobierno”⁷. Uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en esta materia es que el aval puede ser dado por el Presidente de la República o “...ser otorgado por el ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto...”⁸.

En atención a lo anterior, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la única entidad competente para avalar las iniciativas tributarias, pues es función del Ministerio de Hacienda definir, formular y ejecutar la política económica del país, así como preparar las leyes, decretos y la regulación en materia fiscal y tributaria, entre otras⁹. En consonancia con lo anterior, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003¹⁰ “determina la exigencia de compatibilidad entre los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Con base en ello la ley en mención exige (...) que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto

frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal”¹¹.

Así las cosas, y teniendo en cuenta los argumentos previamente expuestos, es posible **concluir** que en caso de existir un beneficio o exención en una norma de carácter tributario, dicha norma debe ser de iniciativa gubernamental, o en su defecto, requiere aval del Gobierno nacional, específicamente, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1.3. El proyecto de ley analizado es inconstitucional por carencia de aval del Gobierno nacional en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El proyecto de ley objetado establece un beneficio tributario, comoquiera que impide el nacimiento de la obligación tributaria para un grupo poblacional que antes estaba gravado, al reducir el número de semanas de cotización (causación y pago de la contribución parafiscal) de 1.300 a 1.150.

Al respecto, se debe indicar que actualmente el número de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez se encuentra regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual establece:

Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. 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 1° 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 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Frente a ello, modificando la causación y consecuente obligación de pago, el artículo 1° del proyecto de ley establece:

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

(...)

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

Así, pues, es relevante considerar que la disminución en las semanas de cotización de las mujeres contenida en el proyecto de ley objetado significa el establecimiento de una exención -en el sentido amplio y constitucional de la palabra-, pues significa un período en el cual el tributo no se causa y, por lo mismo, es una medida que incorpora una **exención o beneficio tributario**.

Frente a la definición de exenciones y beneficios tributarios es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional ha confirmado

⁷ Sentencia C-177 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Sentencia C-838 de 2008.

⁹ Ver artículo 1.1.1.1 del Decreto 1068 de 2015 - Decreto Único del Sector Hacienda.

¹⁰ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Sentencia C-141 de 2010.

que la terminología utilizada por la Constitución Política, y por el artículo 154, debe ser revisada desde una perspectiva más amplia, que supone no solo exenciones en el sentido estricto tributario de la palabra, sino también otros fenómenos, como eventos de no causación del tributo, o como tarifas preferenciales. Así las cosas, la Corte Constitucional ha señalado que las exenciones *“impiden el nacimiento de la obligación tributaria en relación con determinados sujetos o disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Así, si bien en principio, respecto del contribuyente, se concreta el hecho generador del tributo, este se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal, mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria (...)”* (Subrayas por fuera del texto original)¹².

En este sentido, nótese entonces que la norma objetada supone la exclusión, de forma anticipada, de la obligación tributaria, impidiendo el nacimiento de la obligación. Esto, sin ninguna duda, y de acuerdo con lo demostrado en los acápites anteriores, nos permite concluir que requiere entonces de aval del Gobierno nacional, y específicamente, por ser un asunto tributario, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, se destaca que dicho Ministerio presentó observaciones de carácter técnico, fiscal y legal durante el trámite legislativo para oponerse a dicho proyecto. En efecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicó ante el Legislativo, en varias ocasiones, comentarios sobre el asunto, **oponiéndose a la norma estudiada y solicitando el archivo del respectivo proyecto de ley**. Así, vale la pena resaltar (i) la carta de comentarios al texto aprobado en primer debate, contenida en la *Gaceta del Congreso* número 1001 de 2015; (ii) la carta de comentarios al texto de ponencia de 2º debate, contenido en la *Gaceta del Congreso* número 303 de 2016; (iii) la carta de comentarios al texto de ponencia de tercer debate, contenida en la *Gaceta del Congreso* número 276 de 2017 y, la carta de comentarios a la ponencia de cuarto debate (la cual no fue publicada en la *Gaceta del Congreso*).

Así, a través de cuatro diferentes cartas, la Cartera de Hacienda, competente para emitir concepto sobre el impacto fiscal y los asuntos tributarios y fiscales, afirmó que se abstenía de emitir cualquier concepto favorable sobre el proyecto de ley, evidenciando la falta de aval del respectivo Ministerio y, por ende, del Gobierno nacional.

Sobre este punto, no puede dejarse de observar que si bien el Ministerio del Trabajo radicó Carta de comentarios frente al proyecto de ley bajo estudio, la cual a primera vista *“considera viable la iniciativa”*; cierto es que el mismo Ministerio condiciona dicho concepto a *“que no se comprometa la sostenibilidad financiera del Sistema conforme a la normatividad*

*vigente, con sujeción a las normas de carácter presupuestal y en el marco del Estado Social de Derecho”*¹³.

En otras palabras, el concepto emitido por el Ministerio de Trabajo reconoce la necesidad de aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues es este Ministerio el encargado de dictar la política fiscal y asegurar la sostenibilidad financiera.

Es importante resaltar además que si bien el Decreto 1833 de 2016 establece que el Ministerio de Trabajo *“fomenta políticas y estrategias para la generación de empleo estable, (...) las pensiones y otras prestaciones”*, no por ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deja de ser el competente para pronunciarse y dar aval sobre las iniciativas de índole fiscal y tributaria. Menos, cuando -como se afirmó- el mismo Ministerio de Trabajo reconoce la necesidad de la observancia fiscal y presupuestal, que solo la Carta de Hacienda puede dar.

Con base en las consideraciones anteriores, y las reiteradas manifestaciones de oposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es necesario precisar que esta iniciativa no cuenta con aval del Gobierno, por lo que el trámite está viciado de inconstitucionalidad¹⁴, en los términos de lo establecido, entre otras, en la Sentencia C-1707 del 2000:

“...ha de concluirse que cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno nacional y este no la ejerza ni la convalide -en los casos en que haya tenido lugar a instancia de otros actores políticos-, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2º que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado, entre otras, “las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”...”. (Subraya por fuera del texto original).

Dicha sentencia resulta relevante para el caso que nos ocupa, pues precisamente la honorable Corte declaró la inexequibilidad total del proyecto de ley examinado teniendo en cuenta la falta de aval que debía otorgar el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En dicho caso, al igual que en el caso que nos ocupa, dicha Cartera solicitó el archivo del proyecto de ley respectivo y, por lo tanto, el Tribunal Constitucional entendió que no existía aval del Gobierno nacional, evidenciando el desconocimiento del artículo 154 Constitucional.

¹³ Véase la *Gaceta del Congreso* número 565 de 2016. Carta de Comentarios del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara, por medio de la cual se modifica el número de semanas a cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres.

¹⁴ Cfr. Sentencia C-177 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, que permite que un proyecto de ley de dicha naturaleza pueda ser tramitado en el Congreso de la República, por iniciativa parlamentaria, siempre y cuando el Gobierno consienta en el mismo, mediante la figura denominada jurisprudencialmente como “aval del Gobierno”.

¹² Véase la Sentencia C-748 de 2009. La cual sigue lo establecido en la Sentencia C-511 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta tanto los argumentos y hechos expuestos anteriormente, como los antecedentes equiparables de la jurisprudencia, nos es posible concluir que el Proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara no contaba con aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -entidad del Gobierno competente para manifestarse sobre cualquier norma de índole tributaria- y, por ende, es objetado por inconstitucional, específicamente, por vulneración del artículo 154 de la Constitución Política.

I. Vulneración del artículo 48 constitucional

La Corte Constitucional ha reconocido que el Acto Legislativo número 01 de 2005 elevó a rango constitucional la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de los beneficios y prestaciones que se consagran a favor de las personas en el sistema de pensiones. La reforma constitucional no se limitó a elevar la sostenibilidad financiera a la categoría de principio de la seguridad social, sino que adoptó medidas concretas para su realización. Entre ellas, la más importante es la obligación impuesta al Legislador de garantizar la sostenibilidad financiera de las leyes que expida en materia pensional en el futuro.

Al abordar el Acto Legislativo, la Corte se ha ocupado de las materias más importantes establecidas en este, así:

“Con la reforma constitucional y a fin de garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema, el Acto Legislativo estableció lo siguiente:

(...)

iv) a partir de la entrada en vigencia del A. L. las leyes en materia pensional deben asegurar la sostenibilidad financiera:

(...)”¹⁵ (subrayas fuera del texto original).

En sala de revisión de tutelas la Corte Constitucional ha acogido el precedente de la Sala de Casación Laboral sobre el alcance del principio de sostenibilidad financiera así:

“De este modo en Sentencia 38674 del 25 de julio de 2012 (M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda), la Corte de Casación señaló lo siguiente:

“De otro lado, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra el llamado principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social. En efecto, el llamado principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social fue instaurado por el Acto Legislativo número 1° de 2005, al ordenar que “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” (el subrayado no hace parte del texto original). Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional

que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005. (...)”. (Énfasis y subrayado en el original).

47. La Sala Novena de Revisión comparte la nueva posición de la Sala de Casación Laboral en relación con el alcance del criterio de sostenibilidad financiera, empero, se aparta de la consideración según la cual el principio de la condición más beneficiosa solo permite confrontar sistemas jurídicos inmediateamente sucesivos¹⁶.

En la Sentencia C-078 de 2017 la Corte reiteró su precedente¹⁷ sobre el alcance del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, en los siguientes términos:

“(iv) sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución a través del Acto Legislativo número 01 de 2005, en virtud del cual, cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones”.

Para determinar el alcance de esta disposición la Corte se ha remitido a la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 127 de 2004, en la que es evidente que uno de los propósitos de la reforma constitucional era añadir un requisito de validez a las reformas legales que se introduzcan al régimen pensional, consistente en la conservación del equilibrio financiero del sistema pensional. La exposición de motivos hace manifiesto este propósito así:

“5.1 La sostenibilidad financiera del sistema como principio constitucional

En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir como principio constitucional el de la sostenibilidad financiera del Sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas como las que podrían producirse de no adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso y el presente proyecto de acto legislativo.” (Subrayas fuera del texto original).

En Sentencia C-258 de 2013 la Corte recogió el precedente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligación de

¹⁵ Sentencia C-078 de 2017.

¹⁶ Sentencia T-832A de 2013.

¹⁷ Sentencias C-258 de 2013, C-623 y 1024 de 2004.

los Estados de tomar medidas para mantener la estabilidad financiera del régimen de seguridad social así:

“En este orden de ideas, resaltó la Comisión que mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y, por lo tanto, un fin legítimo a ser perseguido por el Estado en una sociedad democrática:

“112. La Comisión considera que *mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. En particular, la Comisión estima que las posibilidades reales de acceder a un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con el principio de progresividad que debe regular toda acción estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales*” (negritas y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es posible concluir que en materia de seguridad social en pensiones la libertad de configuración legislativa está mediada por la obligación constitucional expresa del Legislador de asegurar la sostenibilidad financiera de las medidas que pretenda convertir en ley. Lo anterior implica que el principio de sostenibilidad financiera es un imperativo que, lejos de limitar la ampliación paulatina de la cobertura y el mejoramiento de las condiciones de acceso a las prestaciones que ofrece el sistema pensional, garantiza su materialización en condiciones de estabilidad para los afiliados.

Tal como se prueba con las cartas remitidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Honorable Congreso de la República en el curso del trámite legislativo, la medida adoptada en el Proyecto de ley 206 de 2016 Senado y 049 de 2015 Cámara tiene serias implicaciones en la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

El impacto en la sostenibilidad financiera del sistema pensional de esta iniciativa se manifiesta en tres sentidos: *i*) reduce el recaudo del régimen de

prima media, lo cual impacta en términos reales y de manera inmediata la fuente de financiación de las pensiones actuales, *ii*) en tanto que anticipa el status pensional de las mujeres que adquirirán pensiones iguales o inferiores a 2 smlmv, aumenta el valor de los subsidios necesarios para financiar este tipo de pensiones, *iii*) en tanto aumenta el número de pensionados reales, incrementa el costo del pasivo pensional del régimen de prima media.

Respecto del primer efecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha calculado que el proyecto incluye costos no financiados al sistema pensional en tanto reduce el recaudo por cotizaciones debido a que las mujeres potencialmente beneficiadas por el mismo dejarán de cotizar 150 semanas. Esto implica que el fondo común de vejez dejará de percibir una porción de las cotizaciones que financian las pensiones actuales. El valor presente neto de la reducción de ingresos por cotizaciones de las mujeres sería de al menos \$10.3 billones a precios del 2017.

El costo del efecto reseñado en precedencia se explica por el aumento del déficit de autofinanciación de las pensiones de vejez de las mujeres que devengarán pensiones de hasta 2 smlmv. Actualmente las pensiones otorgadas a las mujeres en el régimen de prima media son subsidiadas por el sistema en una proporción mayor al promedio, debido a que la edad de pensión de las mujeres es 5 años inferior a la de los hombres y su expectativa de vida 4 años mayor¹⁸ que la de ese grupo poblacional. Así, la reducción de semanas de cotización aumenta el valor del subsidio para la financiación de este tipo de pensiones toda vez que reduce el capital aportado por la afiliada al fondo común para financiar su propia pensión.

Actualmente, una pensión pagada por Colpensiones por un monto promedio de 1,87 salarios mínimos mensuales es subsidiada en un 22.5%. Por efecto de la disminución del número de semanas de cotización mínimo para que las mujeres adquieran una pensión en el RPM, el sistema deberá subsidiar el 31.4% de esa misma pensión. Lo anterior, representa un incremento del 39.6% del costo por subsidios que actualmente asume el RPM para garantizar el pago de este tipo de prestaciones.

¹⁸ Información tomada de las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Financiera mediante la Resolución 1555 de 2010.

Nivel del subsidio de la pensión en función de las semanas cotizadas por mujeres

	1.300 semanas	1.150 semanas	Aumento del subsidio
% Subsidiado de la pensión	22.5%	31.4%	39.6%

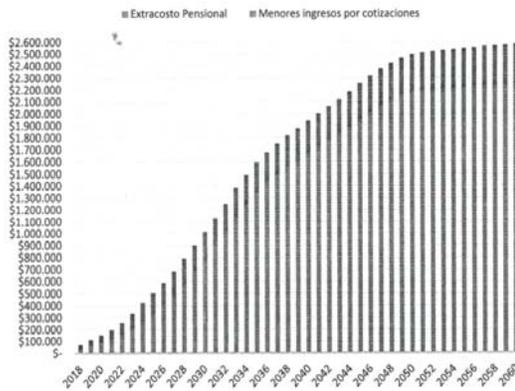
Supuestos: Mujer, pensión con ingreso base de 1.87 sml, Tasa de interés del 5%, edad de ingreso a la fuerza laboral: 20 años, edad de pensión: 57 años, carrera salarial plana.

Finalmente, el efecto descrito más arriba se explica porque el aumento del número de pensionados a cargo del RPM, genera un aumento inmediato del pasivo pensional que se paga con recursos del fondo común, el cual no solo vería reducida su capacidad

de recaudo según se ha explicado en precedencia, sino que asumiría el pago de nuevas obligaciones pensionales sin fuente adicional de recursos para el efecto.

Así las cosas, el impacto financiero de este proyecto de ley derivado de los 3 efectos descritos – reducción del recaudo por cotizaciones, aumento de subsidios y aumento de pasivo pensional–, generan en total un pasivo pensional en valor presente neto

de 67 billones de pesos a precios de 2017 (8.6% del PIB) con un costo creciente en el tiempo. De hecho, el costo total crecería de \$100 mil millones a \$500 mil millones **anuales** en solo siete años (de 2018 a 2025), y continuaría con esa tendencia para superar el \$1.0 billón anual a partir de 2030, \$1.5 billones anuales desde 2034, \$2.0 billones a partir de 2041 y \$2.5 billones desde 2050, hasta estabilizarse alrededor de \$2.6 billones anuales en el año 2055, como muestra el siguiente gráfico.



Ahora bien, es claro que los costos relacionados en precedencia no constituyen en sí mismos una limitación a la libertad de configuración legislativa y la objeción que aquí se plantea descansa sobre los efectos fiscales, pero no se limita a ella. Atendiendo el mandato contenido en el artículo 48 Superior modificado por el AL 01 de 2005, el impacto financiero de la iniciativa en el régimen de prima media -que fue oportunamente advertido en el trámite legislativo- obligaba al Legislador a prever medidas que aseguraran la sostenibilidad financiera del beneficio que se estaba creando, o a precisar la fuente de recursos que supliría los costos antedichos.

En casos similares en los que se crean beneficios pensionales por iniciativa parlamentaria, la Corte ha admitido que la advertencia sobre el impacto fiscal de la medida y su ajuste para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema permite ajustar el proyecto al mandato constitucional contenido en el artículo 48 Superior. Así, en la Sentencia C-613 de 2013 la Corte reconoció que en el trámite legislativo para la expedición de la Ley 1580 de 2012, al advertirse por parte del Gobierno el impacto de la medida en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, el Legislador adoptó medidas para contener los efectos adversos de la norma. En esa ocasión la Corte expresó:

“El proyecto que dio lugar a la Ley 1580 de 2012 fue presentado por los congresistas Jorge Eliécer Ballesteros B., Dilian Francisca Toro Torres y Elías Raad Hernández con el propósito de ampliar la cobertura del sistema de pensiones mediante la introducción de una pensión familiar; a la que pudieran acceder las parejas de esposos o compañeros permanentes que no reunieran los requisitos para reclamar a una pensión de vejez de

forma individual, pero cumplieran las condiciones para la indemnización sustitutiva.

(...)

2.8.4. El Gobierno nacional desde el comienzo mostró su desacuerdo con el proyecto por los efectos adversos que, en su sentir, traerían en términos de sostenibilidad financiera y equidad del sistema de pensiones.

En efecto, en el concepto del 13 de septiembre de 2010, el Ministerio de Hacienda tildó de inconveniente el proyecto de ley debido al impacto que -a su juicio- podría tener en la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Los fundamentos del concepto pueden resumirse así: el Ministerio sostuvo que ya existen otras medidas con fuentes de financiación definidas, como el Programa Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos, que constituyen opciones -alternativas al Sistema General de Pensiones- para las personas que no alcanzan las cotizaciones necesarias para reclamar una pensión de vejez; también indicó que la iniciativa podía tener un impacto fiscal importante y no preveía criterios de sostenibilidad financiera de los beneficios. Argumentos similares fueron expuestos por el Ministerio de Hacienda en una audiencia llevada a cabo el 14 de septiembre de 2010.

Posteriormente, en el debate ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes -tercer debate-, después de relatar las dificultades financieras del sistema de pensiones y las razones por las cuales es inequitativo, el Ministro de Hacienda llamó la atención sobre la importancia de no hacerlo más oneroso ni atentar contra su equilibrio mediante la introducción de modificaciones individuales como la pensión familiar. En resumen, las razones por las cuales aseguró que el proyecto era inconveniente son: (i) creación de un incentivo para la acumulación de semanas de cotización entre personas que no son auténticas cónyuges o compañeros permanentes, (ii) generación de un subsidio estatal del 77% para financiar la pensión familiar, y (iii) destinación del subsidio a las clases media y alta, las clases que pueden cotizar al sistema de pensiones -efecto adverso desde el punto de vista de la justicia social-.

2.8.5. Después de la intervención del Ministro de Hacienda en la Comisión Séptima de la Cámara, tuvo lugar un intenso debate en el que se defendió la importancia de la pensión familiar como un mecanismo para ampliar la cobertura del sistema de pensiones, dirigido especialmente a aquellas personas que, al llegar a la adultez, por las condiciones del mercado laboral, tienen dificultades para acceder a un empleo estable y formal. Sin embargo, en atención a las objeciones del Gobierno -que en parte fueron consideradas razonables-, se propuso que la pensión familiar en el RPM solamente beneficiara a parejas de bajos ingresos. Para delimitar el grupo de beneficiarios se esbozaron tres propuestas: (i) que fueran las personas de estratos 1 y 2. (ii) que fueran quienes

tienen ingresos que no superan los 2 salarios mínimos y (iii) que fueran las personas clasificadas en los niveles 1 y 2 del Sisbén. Adicionalmente surgió la propuesta de que se limitara el monto de la pensión familiar a 1 smlmv.

De este debate surgieron los literales acusados, los cuales luego fueron aprobados por la plenaria de la Cámara y finalmente acogidos por toda la Corporación después del proceso de conciliación”.

3.7.1.5. Del recuento anterior, se evidencia que la propuesta de creación de la pensión familiar fue acogida por el Congreso atendiendo las preocupaciones del Gobierno, las cuales hacían referencia, por un lado, a la sostenibilidad del sistema y, por otro, a que se generara un incentivo para uniones fraudulentas. Para contrarrestar estas inquietudes, el legislador, entre otros cambios, introdujo el requisito de que la unión debía iniciarse antes de que cada miembro de la pareja cumpliera los 55 años de edad, modificación que fue aprobada por los miembros de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, antes del segundo debate, sin discusiones adicionales a las presentadas frente a la intervención del Ejecutivo”. (Subrayas fuera del texto original).

La experiencia en el trámite de la ley de pensión familiar permite evidenciar el cumplimiento del deber constitucional impuesto al Legislador en el Acto Legislativo 01 de 2005, consistente en adoptar medidas para garantizar la sostenibilidad financiera de los beneficios que cree dentro del sistema pensional.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, pese a que el Gobierno advirtió en varias oportunidades¹⁹ el impacto financiero de la iniciativa, el Legislador no valoró la información técnica entregada y mucho menos adoptó medidas para moderar las consecuencias de la misma en la sostenibilidad financiera del sistema, incumpliendo en consecuencia el mandato contenido en el artículo 48 Constitucional, según el cual “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”.

En consecuencia, es procedente objetar por inexistencia el Proyecto de ley 206 de 2016 Senado, 049 de 2015 Cámara, por violación del principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Carta Política.

II. Violación del principio de equidad

Aparejado a la búsqueda de la sostenibilidad fiscal, el Acto Legislativo 01 de 2005 consagró como principios de la seguridad social, la universalidad, la eficiencia y la solidaridad. Al concretar el alcance del principio de solidaridad como rector del sistema

pensional, la Corte ha señalado que este se manifiesta en dos subreglas así:

“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”²⁰.

Asimismo, la Corte identificó el logro de la eficiencia en la asignación de subsidios como uno de los propósitos perseguidos con la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2005:

“(…) En resumen, la intención del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005 fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad; (ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores provisiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones”²¹.

El proyecto de ley vulnera este precepto constitucional toda vez que otorga a una buena parte de la población del RPM un privilegio que reduce las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, lo cual impone cargas financieras desproporcionadas al resto de los afiliados al RPM, en tanto el Legislador no previó mecanismos para asegurar la sostenibilidad financiera del beneficio propuesto o generar nuevas fuentes de financiación.

¹⁹ Cartas de comentarios de 5 de junio de 2017 (Rad. 14705), 26 de abril de 2017 (4945 y 10418), 16 de mayo de 2016 (Rad. 14243 y 6523), y 30 de noviembre de 2015 (Rad. 33877 y 7611) suscritas por el Viceministro Técnico de Hacienda.

²⁰ Sentencias C-623 y 1024 de 2004.

²¹ Sentencia C-258 de 2013.

La exigencia de semanas de cotización para la causación del derecho a la pensión fue reconocida como constitucionalmente válida por el Acto Legislativo 01 de 2005: “*Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización (...)*”. Lo anterior implica que toda prestación pensional requiere una contribución previa.

Por lo tanto, el individuo que por sí o a través de sus derechohabientes se beneficia de tal prestación deberá atender al fundamento económico de esta, contribuyendo al fondo que en el futuro la financiará, pues solo a través del aporte de sus individuos, puede el colectivo social afrontar las contingencias que afectan a aquellos.

En el sistema pensional, la eficiencia está íntimamente ligada con la solidaridad que opera entre generaciones distintas o entre una misma generación, ya sea porque: i) una generación activa financia las prestaciones de una generación pasada (solidaridad intergeneracional); o ii) quienes cotizan sobre un mayor ingreso ayudan a financiar en el fondo común de naturaleza pública las pensiones de quienes con su propio ahorro no pueden causarlas (solidaridad intrageneracional).

La Ley 100 de 1993 en su artículo 2° señala que el sistema de seguridad social se prestará con sujeción al principio de solidaridad y precisa que la solidaridad es “*la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil*”.

Las ponencias presentadas señalan que el propósito del proyecto es lograr subsanar las dificultades de acceder a una pensión por parte de las mujeres, como resultado del fenómeno histórico de la discriminación laboral de la cual son objeto. En el sistema pensional caben disposiciones normativas de discriminación positiva por razón del sexo, como la diferencia de edades entre hombres y mujeres para alcanzar la pensión²².

Sin embargo, la discriminación positiva no compensada respecto a la conformación del capital suficiente para financiar el sistema, es decir, la eliminación de una fuente de financiación del sistema que no incorpore mecanismos de compensación- en términos de la Corte Constitucional, “*empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen*”²³. (Subrayas fuera del texto original).

²² Ante la discriminación positiva ya existen en el sistema de pensiones medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres como la reducción de la edad de pensión respecto de la exigida a los hombres.

²³ Sentencia T-138/10.

La doctrina ha señalado que para determinar el punto de conexión entre una población y otra hay que considerar que el colectivo de beneficiarios de la Seguridad Social se divide básicamente en dos grupos: los que aportan al sistema en la fase económicamente activa de su vida, y los que perciben prestaciones en situación de pasivo. Esa población se clasifica en tres grandes grupos, así:

- Grupo A (0 a 19 años): incluye a personas en época de inactividad (considerando los 19 años como edad límite de esta época).

- Grupo B (20 a 64 años): constituido por las personas que se encuentran en fase económicamente activa.

- Grupo C (65 o más años): comprende al colectivo pasivo²⁴.

En razón de que solo el grupo B genera las cotizaciones que financian las prestaciones de los grupos C y A, garantizar el equilibrio económico - financiero entre ingresos y gastos implica realizar cuidadosas estimaciones actuariales para la determinación de las cotizaciones necesarias para obtener el capital requerido para que el sistema pueda responder a los potenciales beneficiarios de la pensiones dentro de los principios de eficiencia y solidaridad, esto es, sin imponer cargas excesivas a una parte del colectivo.

Una ley que afecta las estimaciones actuariales que han determinado las cotizaciones, como el proyecto de ley objetado, resulta ineficiente e insolidaria, pues desconoce el presupuesto esencial que permite equilibrar las cargas al interior del sistema: todos los afiliados deben aportar en una proporción equivalente durante un tiempo igual para acceder a una pensión, sin que unos deban esforzarse más que otros para obtener una prestación de similares características.

Este presupuesto se materializa de forma trascendental en el esquema de cotización y determinación de prestaciones del RPM. Prueba de ello es que si bien el porcentaje de cotización varía en función del IBC²⁵, esta variación es mínima (entre 1 y 2 puntos) para garantizar esfuerzos proporcionalmente similares a todos los afiliados del régimen. En el mismo sentido, el cálculo de la tasa de reemplazo para determinar el monto de la pensión en el RPM parte de una base común que

²⁴ Tomado de la Investigación “Técnicas actuariales y financieras de la previsión Social. Autores: Ana Vicente Merina, José Luis Achurra Aparico y María Teresa Quilez Felez.

²⁵ Los incisos 11 y 12 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003 establecen: “Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley”.

se reduce en una proporción mínima en función del IBL²⁶, pero premia la fidelidad²⁷ de la cotización en condiciones igualitarias para todos los afiliados al régimen.

Este proyecto de ley invierte esa lógica y genera un beneficio a favor de un grupo poblacional que deberá ser sufragado por el resto de los afiliados al RPM sin medidas técnicas que reduzcan el impacto financiero de esa nueva carga. Así, la medida pretendida por el Legislador comporta un exceso en las cargas públicas impuestas al grupo de afiliados del RPM que no cumple las condiciones: i) mujer, ii) con pensión promedio de 2 smlmv.

La Corte Constitucional ha reconocido que cuando se ignoran aspectos fácticos relevantes al momento de adoptar medidas que busquen imponer cargas o establecer beneficios en escenarios de escasez, “[l]os beneficios pueden tornarse en privilegios y las cargas en insoportables según las condiciones personales de los sujetos²⁸”. Respecto al reparto de cargas públicas, la misma Corte ha indicado que “los órganos encargados de redistribuir estas cargas, beneficios y oportunidades, deben tomar en consideración las capacidades y necesidades de cada quien, las desigualdades imperantes en la realidad que pretenden regular, y los mandatos promocionales dispuestos por el constituyente en el artículo 13 Superior, en armonía con los fines de la cláusula de Estado Social de Derecho²⁹”.

Así, si bien las acciones afirmativas pueden ser una realización del principio constitucional de igualdad, el reparto de los costos que estas implican debe atender también a criterios de justicia y eficiencia de tal forma que el beneficio de un grupo no se convierta en una carga insoportable para otro.

Tal como se demostró en este escrito, el costo que este proyecto tiene para el RPM pone en riesgo su sostenibilidad financiera, de manera que es altamente probable que los afiliados al régimen que no podrán beneficiarse de esta medida en el futuro tengan que asumir una carga económica adicional para devolver al sistema la estabilidad financiera que esta iniciativa

le resta. La imposición de esa carga es excesiva en favor de las mujeres y en contra del resto de los participantes del sistema, si se tiene en cuenta que hay grupos poblacionales que están en condiciones aún más gravosas para asumir cargas públicas, y que aun así cumplen con las condiciones técnicas (densidad de cotización, edad, monto de pensión) necesarias para sostener la estabilidad financiera del sistema, como las personas en condición de discapacidad, viudez o nivel mínimo de ingresos.

Todo lo anterior, sumado a la exposición detallada del costo que este proyecto de ley representa para el RPM, permiten afirmar que la medida adoptada, lejos de constituir una iniciativa deseable, desestabiliza el reparto de cargas al interior del sistema pensional en perjuicio de grupos igualmente desfavorecidos y por esa ruta viola los principios de solidaridad y eficiencia que rigen el derecho a la seguridad social en pensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 Superior.

III. Conclusiones

Tal como se ha expuesto con suficiencia, el **Proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara, 206 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres**, adolece de dos vicios insubsanables de constitucionalidad toda vez que viola los artículos 154 y 48 Superiores.

En primer lugar, consagra una exención a favor de un grupo poblacional para cesar el pago de aportes parafiscales para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 constitucional, se requiere aval expreso del Gobierno, requisito que no se cumplió en el trámite legislativo.

Por otra parte, en tanto el impacto financiero de esta medida en el sistema pensional fue advertido en múltiples ocasiones durante el debate legislativo, era obligación del Legislador prever las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad financiera de esta ley. El incumplimiento de este deber constituye una violación flagrante del mandato contenido en el artículo 48 Constitucional.

Finalmente, la creación de un privilegio sobre del 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.

Reciban por favor, honorables Congressistas, nuestros sentimientos de consideración y respeto.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, mediante Decreto número 1184 de 2017,

²⁶ En la fórmula decreciente consagrada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, se incluye como criterio de reducción de la tasa de reemplazo base, el factor “S” equivalente al número de smlmv a que corresponde el IBL de la pensión. “El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

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”.

²⁷ El último inciso del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 establece: “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”.

²⁸ Sentencia T-499 de 2002.

²⁹ Auto 110 de 2013.

AURELIO IRAGORRI VALENCIA

El Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Andrés Escobar Arango.

**OBJECCIÓN PRESIDENCIAL AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 170 DE
2016 SENADO, 62 DE 2015 CÁMARA,
ACUMULADO AL 008 DE 2015 CÁMARA**

*por la cual se modifica la cotización mensual al
régimen contributivo de salud
de los pensionados.*

OFI17-00087471/ JMSC 110200

Bogotá D.C., lunes 17 de julio de 2017

Doctor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Objeción presidencial al Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 62 de 2015 Cámara, acumulado al 008 de 2015 Cámara, *por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados.*

Respetado doctor:

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 165, 166 y 167 de la Constitución, el Gobierno nacional devuelve el proyecto de ley de la referencia por los motivos de inconstitucionalidad e inconveniencia que se explican a continuación.

1. La aprobación del informe de conciliación al Proyecto de ley número 70 de 2016 Senado, 62 de 2015 Cámara, acumulado al 008 de 2015 Cámara, *por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados*, en la Plenaria de Senado de la República, adolece de vicios en su formación, los cuales se pueden evidenciar de la siguiente manera: (i) la votación del informe de conciliación, carecía de unanimidad, (ii) en la sesión Plenaria del 7 de junio de 2017 en la cual se aprobó el informe de conciliación, se eludió el debate parlamentario, (iii) la reapertura del trámite legislativo era procedente para subsanar los vicios de forma, sin embargo, no se realizó la convalidación del vicio, porque la Plenaria en la sesión del 20 de junio aprobó un informe de una subcomisión, cuya recomendación era ratificar la votación del 7 de junio (que se encontraba viciada), con lo cual se negó a los miembros de la Plenaria del Senado la oportunidad de sanear el vicio en el que se había incurrido.

2. El proyecto es Inconstitucional por violación del artículo 154 superior en tanto establece una exención tributaria sin el aval expreso del Gobierno.

Dado que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los aportes al sistema general de seguridad social integral (salud y pensiones) son aportes parafiscales, la disminución del monto de la tarifa del 12% al 4% para los pensionados constituye un beneficio tributario cuya consagración legal requiere el aval expreso del Gobierno, representado en este caso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, única cartera con la competencia legal para ese efecto.

3. El proyecto de ley es violatorio de los principios de equidad y progresividad en materia tributaria, porque propone una modificación en la carga impositiva de un grupo específico de contribuyentes, omitiendo analizar (i) la capacidad contributiva del grupo específico, (ii) la progresividad del sistema de salud y (iii) la capacidad contributiva del resto de contribuyentes que pertenecen al sistema.

4. El proyecto es inconstitucional por violación a los principios de solidaridad y progresividad de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política. En este documento se demostrará un desconocimiento del principio de solidaridad, entendido como “*el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades*”, en la medida en que la iniciativa disminuye las fuentes de recursos en beneficio de un grupo específico de aportantes, lo que dificulta la ampliación de cobertura y de servicios, la prestación del servicio de salud para los afiliados al régimen subsidiado y rompe con el esquema de subsidios cruzados que sustenta el sistema de salud.

Respecto del principio de progresividad, la medida incorporada por el proyecto de ley se estima regresiva en la medida que priva al sistema de salud de una importante fuente de financiamiento, sin establecer la fuente sustitutiva de recursos. Una decisión de esta naturaleza le está prohibida al Estado, pues (i) desconoce la obligación de avanzar en la garantía del derecho a la salud, y (ii) al reducir las fuentes de financiación, pone en peligro el cumplimiento de las obligaciones ya existentes en materia de cobertura y prestación de servicios, toda vez que el sistema de salud es oneroso y su prestación es imposible sin recursos que permitan hacerla efectiva.

5. Como argumento de inconstitucionalidad e inconveniencia se presentan en el numeral 5 del presente escrito consideraciones sobre el impacto fiscal de la medida, indicando que el proyecto de ley pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la salud de una gran parte de la población (cerca de 4.4 millones de afiliados) debido a que se verán afectados los recursos disponibles para financiar los beneficios en salud a los que actualmente tienen derecho, por cuenta de la eliminación de una importante fuente de recursos, lo que afectaría a la población más necesitada cuya atención en salud depende directamente de la provisión de servicios por parte del Sistema.

6. Finalmente, como un argumento subsidiario de constitucionalidad, se encuentra la violación al principio de irretroactividad de la ley. A pesar de que los argumentos expuestos son suficientes para demostrar la inconstitucionalidad del proyecto de ley que nos ocupa, en cualquier caso, es importante resaltar que en eventual caso de que se considerara que la norma es ajustada a la Constitución, los efectos de la misma no pueden ser efectivos a partir del 1 de enero de 2017, sino a partir del momento de su publicación. Para tal efecto, se exponen los rasgos fundamentales del principio de irretroactividad tributaria y la teoría de las situaciones jurídicas consolidadas, para concluir que tratándose de un tributo de causación instantánea la aplicación retroactiva de un beneficio tributario resulta inconstitucional.

1. Vicios de trámite en la discusión y aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley objetado por parte de la Plenaria del Senado de la República. Violación de los artículos 133, 157-3 y 161 de la Constitución Política y los artículos 122, 123-4, y 126 de la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992).

Con el fin de sustentar los motivos de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, “*por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados*” -P.L. 062-, consideramos pertinente hacer un breve recuento fáctico del trámite legislativo relacionado con el vicio de procedimiento que se pretende advertir al honorable Congreso de la República.

Para la sesión plenaria en el Senado de la República del 7 de junio de 2017 se incluyó en el orden del día la votación del informe de conciliación del referido proyecto de ley. Entrada ya la sesión en su segunda hora, el Presidente del Senado, el honorable Senador Lizcano Arango, le concede la palabra al Coordinador de Conciliación, el honorable Senador Delgado Ruiz, para que presente el respectivo informe de conciliación. Tras lo cual el Coordinador procede a exponer brevemente la decisión adoptada en el seno de la Comisión Accidental de Mediación, en el sentido de adoptar el texto de la Cámara de Representantes el cual establece que “*el aporte en salud de los pensionados se bajará del 12 al 4% sin distinción del rango de pensión*”.

Inmediatamente se procede a la votación del Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, como se puede establecer en el registro en video de la sesión, de la siguiente manera:

“Presidente Lizcano: ¿Quiere la Plenaria votar la proposición leída?”

Secretario Eljach: Sí quieren Presidente.

Presidente Lizcano: El siguiente punto del orden del día”.

Así entonces, queda votado el proyecto de ley. La votación no fue nominal y pública.

Una hora más tarde, ya dentro del trámite de otro proyecto de ley, el honorable Senador Navarro Wolff toma la palabra para informar “*Bueno primero quiero que todos tengan consciencia que hace 20 minutos votamos que la parte que van a tener que pagar todos los pensionados en salud es el 4%, porque se acogió el texto de Cámara y no el de Senado. El de Senado decía que eran solamente aquellos que tenían 4 salarios mínimos o menos de pensión y el texto de Cámara que todos los pensionados. Y en la conciliación se acogió el texto de Cámara y aquí se aprobó, pues, sin ninguna discusión. Simplemente dejar esta constancia para que cuando les pregunten sepan que aquí votamos así hace una media hora*”.

(Subrayas propias).

Posteriormente la honorable Senadora López Hernández en ejercicio de una moción de orden afirma que el P.L. 062 no se votó de “*...manera individual, sino que se pupitreó (sic)*”, y señala que muchos de los allí presentes deberían estar impedidos, motivo por el cual le solicita al Presidente considerar si se reabre la discusión. Y el presidente Lizcano le responde que le parece que es “*sensata*” la reapertura y que por lo tanto la someterá una vez se vote el proyecto de ley que se encontraban discutiendo.

Minutos después, nuevamente el honorable Senador Navarro, en una moción de orden propone que “*se vote ahora la reapertura y se empiece el debate de nuevo y la votación después de la reapertura, porque me imagino que va a haber impedimentos quienes estén pensionados*”. A lo cual el Presidente responde:

“Presidente Lizcano: No hay problema Senador. Entonces ¿Quiere la plenaria reabrir la conciliación sobre los pensionados?”

Secretario: Sí quiere Presidente.

Presidente Lizcano: Entonces queda reabierto. Si por alguna casualidad señor secretario hoy no la alcanzamos a votar me la pone para el día martes y la gente la puede estudiar con calma...”.

En la siguiente sesión plenaria que tiene lugar el 13 de junio se incluyó el Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015, dentro del ítem número IV. “*Votación de proyectos de ley o acto legislativo con informe de conciliación*”.

Durante la sesión del 13 de junio el Presidente del Senado, el honorable Senador Lizcano Arango concede la palabra al honorable Senador Alexander López, quien solicita que el siguiente punto del orden del día sea la votación del proyecto de ley que fue reabierto.

Ante lo cual el Presidente del Senado honorable Senador Lizcano Arango, luego de dar la palabra al honorable Senador Villalba Mosquera, manifiesta “*...tiene la palabra el Senador Édinson Delgado, vamos a estudiar la conciliación de los pensionados.*

Senador Édinson Delgado para que presente de manera detallada la conciliación, y le doy la palabra a todos los senadores, vamos a abrir el debate...". (Subrayas propias).

Luego de este anuncio, le informan al presidente la existencia de impedimentos, en razón a que el texto de la conciliación incluye a todos los pensionados y no sólo a los que tengan pensiones inferiores a 4 salarios mínimos; por lo tanto, el Presidente informa que no puede abrir el debate sin que se hayan votado los impedimentos.

Durante el curso de esa sesión diferentes Senadores manifiestan su posición en relación con el texto que fue acogido en la Cámara de Representantes -que permite la disminución de los aportes en salud para todos los pensionados- ante lo cual el Presidente del Senado pide al Coordinador de Conciliación, el honorable Senador Delgado Ruiz, "...por favor aclárenos, qué salidas tiene esta plenaria ante semejante error que cometieron en la comisión, en la cámara de quitarle el subsidio, pues bajarle a las altas pensiones el aporte en salud...".

Toma la palabra el honorable Senador Delgado Ruiz, quien informa que los textos aprobados en plenaria del Senado de la República y en la Plenaria de Cámara de Representantes eran diferentes, por lo que fue necesaria la creación de una comisión accidental de conciliación, en la cual no hubo acuerdo y el resultado de la votación fue acoger el texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes. Ahora bien, manifiesta que el informe de conciliación fue aprobado por la Plenaria de Senado, pero posteriormente fue aprobada la reapertura; por lo tanto, indica "...hoy estamos en ese tema de la reapertura..."; aclara que en la Plenaria de la Cámara de Representantes fue aprobado el informe de conciliación, y por lo tanto, pide al Secretario de la Plenaria que dé lectura al artículo 161 de la Constitución Política, para que la plenaria conozca lo que sucedería si el resultado de la votación es negar el texto conciliado.

Luego de la lectura del artículo 161 de la Constitución Política, indica el Presidente de la Plenaria que debe "...desentrabar la plenaria (sic)...". Y, dado que en ese momento tienen 16 impedimentos relacionados con la iniciativa, para no entrar a votar esos impedimentos en esa sesión, el Presidente de la Plenaria indica "...voy a nombrar una subcomisión de expertos técnicos en la Ley 5ª en esta plenaria para que estudien las salidas que puedan existir..."; procede a nombrar los integrantes de la subcomisión y continúan con el orden del día.

Posteriormente, tiene lugar la sesión del 15 de junio, en la cual el Presidente de la Plenaria da la palabra al honorable Senador Delgado Ruiz quien expone nuevamente los antecedentes del proyecto de ley y del informe de conciliación, y posteriormente da lectura al informe de la subcomisión creada en la sesión del 13 de junio indicando "...una vez revisadas las normas constitucionales, el reglamento del Congreso, y la jurisprudencia de

la Corte Constitucional arriba mencionada, hemos concluido que solo se podría considerar esta conciliación únicamente en el caso que sea por corrección formal de vicios como lo ha hecho la corporación en oportunidades anteriores y aceptado por la Corte Constitucional. Como se aprecia, en el presente caso no se presentó ningún vicio ya que las dos Cámaras aprobaron el informe de conciliación que acogió en su integridad el texto aprobado en la Cámara de Representantes, cumpliendo todos los requisitos legales y constitucionales. Por lo anterior, consideramos, que el someter nuevamente esta conciliación a votación, causaría vicios de inconstitucionalidad ya que sería reiniciar un proceso concluido...".

Ante este informe, el Presidente da la palabra a los Senadores e indica que deberá ponerse a consideración de la Plenaria el informe de la subcomisión. En esa oportunidad intervienen varios senadores, manifestando si están de acuerdo o no con la reapertura de la conciliación y con el texto acogido por la comisión de conciliación. Finalmente el Presidente concluye que la reapertura se ha realizado en otras oportunidades, dado que la Plenaria es soberana y la jurisprudencia ha aceptado que se puede hacer, considerando que "...se partió de un error de procedimiento, y el error de procedimiento es el siguiente: como todos consideraron que era sobre cuatro salarios mínimos y no sobre el total de las pensiones, y el error de procedimiento era que no se consideraron impedimentos que en ese momento se tuvieron que haber considerado, de senadores que en ese momento votaron que sí a la conciliación, creyendo que era sobre cuatro salarios mínimos y no sobre el total, ese es un error de procedimiento que obviamente lo corregimos inmediatamente nos demos cuenta...".

Posteriormente, el Presidente da la palabra a varios senadores y finalmente somete a votación el informe de la subcomisión y ordena abrir el registro, informando "...vamos a votar el informe, si por alguna razón no hay quorum, aplazo la conciliación para el martes...". Aclara el Senador Delgado que el informe señala que no es procedente la reapertura y entonces queda en firme la conciliación que recoge lo que se aprobó en Cámara. Sin embargo, una vez abierto el registro y mientras el Secretario de la Plenaria realiza los anuncios para la siguiente sesión los senadores se retiraron del recinto, tal como lo afirma el Presidente de la Plenaria al decir "...la gente se salió, porque se siente impedida, pues no va a haber quorum y debo levantar..." en atención a lo cual, le dice al honorable Senador Delgado Ruiz que pida el aplazamiento de la conciliación para el martes, para lo cual ha ordenado el cierre del registro.

Posteriormente, el Presidente de la Plenaria pregunta "¿Quiere la Plenaria aplazar la conciliación para el martes?" Para votar el aplazamiento, el Presidente de la Plenaria ordena nuevamente la apertura del registro para la votación de manera nominal y pública. Sin embargo,

manifiesta el Presidente de la Plenaria “*igual Senador aquí no tiene quorum para aprobarlo Senador, ¿con qué quorum lo va aprobar, si los Senadores se le salieron?*”.

Pasados seis minutos, después de abierto el registro para votar, manifiesta el Presidente de la Plenaria “*Senador Édinson va a pedir el aplazamiento y así podemos seguir trabajando, porque la gente no quiere votar ni siquiera el aplazamiento, porque dicen que están impedidos, y todos están ahí, aquí los veo*”, por lo anterior, el Senador Édinson Delgado, en calidad de ponente solicita el aplazamiento, el presidente ordena que se cancele la votación y aprueba el aplazamiento.

En la sesión plenaria de 20 de junio de 2017, el Presidente de la plenaria informa que se reunió con los voceros de los partidos, aclara que el Senador Édinson Delgado presentó de manera detallada el informe de conciliación, e informa que la costumbre parlamentaria ha permitido la reapertura o “reconsideración”, por lo tanto, previo a la votación de la conciliación, se decidirán los impedimentos, concluyendo que “... vamos a someter impedimentos y posteriormente votamos la conciliación”. (Subrayas propias).

Así las cosas, en esa sesión tuvo lugar la votación de los impedimentos presentados, los cuales fueron negados. Después de votados los impedimentos, el Senador Édinson Delgado dio lectura nuevamente al informe de la subcomisión informando “...*La comisión accidental teniendo en cuenta todos los elementos jurisprudenciales, todos los análisis del reglamento del Congreso considera que no es procedente la reapertura del debate y por lo tanto propone solicitar a la plenaria del Senado ratificar el informe de conciliación al proyecto de ley 170 de 2016 Senado aprobado en plenaria el pasado 7 de junio del presente año...*”. Acto seguido, el Presidente de la Plenaria ordena abrir el registro aclarando “...*para información de todos si se vota “sí” quedan todas las personas en Colombia se les reduce del 12 al 4, si se vota “no” pues se hunde el PL. Nada más y nada menos...*”.

Finalmente, al cierre del registro el secretario anuncia el resultado, indicando que hay 59 votos por el sí y 0 por el no, aclarando que “...*ha sido aprobado el informe que presentó el Senador Édinson Delgado en este momento...*”.

La anterior descripción permite evidenciar que el proceso de aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley bajo estudio en la Plenaria de Senado, sufrió una serie de irregularidades que configuran un vicio en la formación de la Ley, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: (i) la votación del informe de conciliación en la sesión Plenaria del 7 de junio de 2017 carece del requisito de unanimidad, (ii) en la sesión plenaria del 7 de junio de 2017 en la cual se sometió a votación el informe de conciliación al proyecto de ley objetado se eludió el debate, (iii) la reapertura votada y aprobada en la sesión plenaria del 7 de junio era

procedente para subsanar los vicios de forma, pero no concluyó adecuadamente, por lo tanto el vicio no fue convalidado.

1.1. La votación del informe de conciliación realizada en la Plenaria del Senado de la República, no es válida por cuanto no da cumplimiento al requisito de unanimidad.

La votación del informe de conciliación realizada en la Sesión Plenaria del 7 de junio de 2017, presenta un vicio de forma, toda vez que la “aprobación” tuvo origen en una votación ordinaria que no gozaba del requisito de unanimidad exigido para esta clase de votaciones.

La Corte Constitucional consolidó en la Sentencia C-337 de 2015¹ el precedente recogido en los Autos 32 de 2012, 118 de 2013 y 175 de 2015 sobre las condiciones de validez de la votación ordinaria entendida como la excepción a la regla de votación nominal y pública establecida en el artículo 133 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2009.

La Corte ha concluido que la votación ordinaria no puede ser utilizada como una vía para eludir el cumplimiento de los requisitos que la Constitución impone para aprobar válidamente un proyecto de ley, así:

“*¿Cuándo entender que existe unanimidad a efectos de dar aplicación a la excepción que autoriza la votación ordinaria?*”.

Con el fin de dar respuesta al interrogante, en primer lugar precisó que (i) la Corte Constitucional como órgano encargado de hacer el control de constitucionalidad, no puede dar por sentada la existencia de la unanimidad sin una “evidencia razonable” que así lo indique; y que, (ii) el asumir una “suerte de presunción de unanimidad” para ejercer tal control conlleva en la práctica a dejar sin efectos el mandato constitucional de votación nominal, el cual opera como regla general.

En segundo lugar, recogió y sistematizó unos indicadores que permiten inferir la existencia de unanimidad. Estos se evidencian (i) “cuando al declarar el resultado de la votación se deja constancia expresa e inequívoca de la aprobación unánime, ya sea en el acta de sesión o en alguno de los demás medios probatorios que registra lo ocurrido durante la votación²”; y, (ii) “cuando en el curso de los debates se dan manifestaciones indicativas

¹ Ver Sentencias C-355 de 2014, C-169 de 2012 y C-295 de 2012 entre otras.

² Así ocurrió en la Sentencia C-295 de 2012 (MP Juan Carlos Henao Pérez), donde se verificó que en el acta de una de las sesiones en las que el proyecto se aprobó por votación ordinaria quedó registrada de manera expresa la unanimidad. Asimismo, en la aprobación del proyecto de ley estatutaria de acceso a la información pública nacional, cuyo trámite fue revisado por la Corte en la Sentencia C-274 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa, SV. Luis Ernesto Vargas Silva, SPV. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas, SPV. Nilson Pinilla Pinilla, SPV. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio). La Corte concluyó que se debía inferir la existencia de unanimidad, pues en el video de la sesión correspondiente “el Secretario del Senado señaló expresamente que dicha aprobación se hacía por unanimidad, y manifestó oralmente la totalidad de votos emitidos.”

de unanimidad, lo que ocurre, por ejemplo, cuando los informes de ponencia hayan sido favorables, se aprueba omitir la lectura del articulado³, ninguno de los integrantes de la plenaria o comisión solicita la votación nominal y pública⁴ y, en general, cuando no se registran posiciones contrarias a la aprobación del proyecto". Y también señaló que tales indicadores se desvirtúan cuando se presentan manifestaciones expresas de oposición al proyecto, cuando alguno o varios de los congresistas solicitan que la votación se realice acudiendo a la regla general de votación nominal y pública, o cuando alguno o varios de los parlamentarios dejan constancia de voto negativo frente al debate estructural de la iniciativa legislativa⁵.

En resumen, el precedente constitucional sobre la votación ordinaria implica que la simple manifestación de unanimidad no es suficiente para tener por válida una votación efectuada con excepción a la regla de votación nominal y pública. La Corte ha indicado entonces que la validez de la votación ordinaria requiere la demostración razonable de i) la existencia de quorum decisorio y mayorías⁶; ii) la existencia de indicios razonables sobre la voluntad unánime de la corporación de aprobar el proyecto, que se expresa en la ausencia de manifestaciones de oposición por los participantes o solicitudes de votación nominal y pública.

En el caso que nos ocupa, el quorum y las mayorías decisorias son fácilmente verificables toda vez que dos minutos antes de la votación ordinaria del proyecto se había efectuado la votación nominal y pública de otro proyecto de ley, aprobado por 58 votos⁷.

Sin embargo, en este caso los indicios que podrían tener por demostrada la voluntad unánime de la Plenaria del Senado de votar afirmativamente el proyecto, se ven claramente desvirtuados con las manifestaciones efectuadas por una gran cantidad de congresistas sobre la inadmisibilidad del texto

aprobado por la Plenaria de la Cámara, que fuera acogido por la comisión de conciliación.

Prueba de ello es que entre los minutos 3:35:00 y 3:58:50 de la grabación de la sesión del 7 de junio de 2017⁸ los honorables Senadores Claudia López y Antonio Navarro manifiestan su preocupación por el contenido del texto aparentemente votado por unanimidad por la Plenaria, y solicitan la reapertura del debate. Igualmente, en la sesión del 15 de junio de 2017⁹ se demuestra con absoluta suficiencia que la voluntad de aprobación del informe de conciliación distaba de ser unánime. Para probarlo, basta con escuchar las intervenciones de los honorables Senadores Rodrigo Villalba Mosquera¹⁰, Iván Duque¹¹, Rosmary Martínez¹², Horacio Serpa¹³, Luis Fernando Duque¹⁴, Álvaro Antonio Ashton¹⁵, Jorge Iván Ospina¹⁶, María del Rosario Guerra¹⁷, y Julio Miguel Guerra¹⁸, en las que manifiestan expresamente su oposición al informe de conciliación del proyecto en el que se acogió el texto de Cámara que extendía la reducción del aporte de salud a todos los pensionados sin distinguir su capacidad contributiva, mientras que el texto aprobado en cuarto debate de plenaria del Senado había admitido el beneficio únicamente para los pensionados que devengaran menos de 4 smlmv.

Lo anterior, permite concluir que no solo no existen indicios razonables sobre la voluntad unánime de la Plenaria del Senado de aprobar el informe de conciliación, sino que existen suficientes pruebas en contrario que permiten predicar el incumplimiento del requisito señalado en el precedente jurisprudencial para predicar la validez de esta votación ordinaria.

1.2. La votación vulneró el principio democrático por falta de deliberación o elusión de debate en la aprobación del informe de conciliación en la Plenaria del Senado.

El debate ha sido definido por la Corte Constitucional como la oportunidad que tienen los senadores y representantes de participar en la discusión y aprobación de una ley durante su trámite en el Congreso, sin que la deliberación se encuentre sujeta a un grado mínimo de calidad, intensidad, profundidad y suficiencia¹⁹. En ese sentido, se ha constituido como una garantía esencial del principio de participación política parlamentaria y como un prerequisite para la toma de decisiones, mediante

³ Sentencia C-750 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV. Jorge Iván Palacio Palacio, AV. Alberto Rojas Ríos, SPV. y AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva). En esa ocasión la Corte consideró que se había acreditado la exigencia de unanimidad necesaria para que procediera la votación ordinaria, entre otros factores, debido a que en todos los debates del proyecto se aprobó la omisión de lectura del articulado.

⁴ Sentencia C-221 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio). En ese caso, la aprobación del proyecto en uno de los debates se surtió mediante votación ordinaria. La Corte valoró entonces la certificación secretarial en conjunto con otros elementos, y dentro de ellos el hecho de que no hubiese existido solicitud de votación nominal: "el artículo 1º de la Ley 1431 de 2011, que modificó el artículo 129 de la Ley 5ª de 1992 en lo relativo a la votación nominal y pública, dispuso en su numeral 16 que una de las excepciones a esta clase de votación se presenta, justamente, cuando existe unanimidad en la votación, como en efecto ocurrió. De esta manera, como ninguno de los Senadores solicitó votación nominal ni verificación de quorum, ni se registraron votos negativos o impedimentos, este requisito se encuentra debidamente satisfecho".

⁵ Sentencia C-337 de 2015.

⁶ En el Auto 118 de 2013 la Corte señaló que en todos los casos resulta indispensable que de las actas de sesión y certificaciones se pueda establecer de manera inequívoca el número de votos con el que fue aprobado un proyecto de ley (mayorías), es decir, en esos medios de prueba se debe precisar el número de parlamentarios que estaban presentes al momento de abrir el registro de votación y el resultado de la votación con el cual fue aprobado el proyecto de ley.

⁷ Minuto 2:32:02 de la grabación de la sesión del 7 de junio de 2017.

⁸ Se puede verificar en https://www.youtube.com/watch?v=3_b3TsDrkbe&feature=youtu.be&list=PLIp88uU7eCQ6DImC_OeYSIHk8jPzTklfZ&t=9203

⁹ Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=qndGQm2SpX4&feature=youtu.be&t=11541>

¹⁰ Minuto 3:19:48 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹¹ Minutos 3:23:52 y 3:34:06 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹² Minuto 3:25:44 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹³ Minuto 3:27:15 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁴ Minuto 3:34:44 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁵ Minuto 3:39:01 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁶ Minuto 3:42:05 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁷ Minuto 3:46:08 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁸ Minuto 3:51:50 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

el cual se asegura la intervención activa de los congresistas, en especial de los grupos minoritarios, en el proceso de expedición de las leyes²⁰.

La Corte ha sido enfática en resaltar que si bien existe la necesidad de debate, ello no quiere decir que se exijan intervenciones para cada una de las normas que conforman el proyecto deliberado, o que se requiera la intervención de un número específico de los miembros del Congreso²¹. Sin embargo, lo que no puede ser eludido en ningún trámite legislativo, “(...) *es que la Presidencia, de manera formal, abra la discusión para que, quienes a bien lo tengan, se pronuncien en el sentido que les parezca*”²². Adicionalmente, la jurisprudencia ha calificado como inadmisibles el hecho que “(...) *se pase de manera directa de la proposición a la votación, sin que medie ni siquiera la oportunidad para discutir*”²³. En ese orden, esa Corporación ha entendido que el derecho a debatir es satisfecho “(...) cuando los órganos directivos de las células legislativas, en acatamiento a las normas que regulan el proceso legislativo, mantienen abiertos los espacios de participación con plenas garantías democráticas, es decir, cuando brindan a los congresistas la oportunidad de intervenir en las deliberaciones de los proyectos de ley o de actos legislativos sometidos a la consideración del legislador”²⁴. Pues lo que se pretende garantizar con el debate parlamentario es que la votación sea el resultado de la deliberación libre de ideas, conceptos y criterios²⁵.

Constitucionalmente, los debates deben reunir seis elementos fundamentales: 1. Número mínimo de congresistas presentes para iniciar la deliberación y adoptar decisiones²⁶. 2. Cumplimiento de mayorías decisorias²⁷. 3. Carácter imperativo de los debates en las comisiones y plenarias²⁸, “(...) *sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley*”²⁹. 4. Publicidad de la norma debatida³⁰. 5. Período mínimo entre debates³¹; y 6. La votación de lo deliberado como cierre del debate³². Adicionalmente, la Ley 5ª de 1992 establece unas condiciones legales que deben cumplir los debates: 1. Definición legal de debate³³. 2. Momento de iniciación y terminación del debate³⁴. 3. Quórum

deliberatorio y decisorio requeridos³⁵. 4. Reglas de intervención y participación³⁶. 5. Condiciones de aplazamiento del debate³⁷. y 6. La suficiente ilustración³⁸ como condición para el cierre del debate³⁹; entre otros.

En ese orden, con respecto al caso en específico, después de haberse presentado el informe de conciliación por parte del honorable Senador Delgado Ruiz, el Presidente de la Plenaria del Senado, el honorable Senador Lizcano Arango, pasó de manera directa a la votación, sin haber mediado oportunidad para discutir. En efecto, en dicha sesión, el Presidente del Senado concedió la palabra al Coordinador de Conciliación para que presentara el respectivo informe de conciliación, mediante el cual se había adoptado en su integridad el texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes. Acto seguido el presidente de la plenaria preguntó “¿Quiere la Plenaria votar la proposición leída?” a lo cual el Secretario manifestó “Sí quieren presidente”. Con lo anterior concluyó la votación y se continuó con el Orden del Día.

La elusión del debate se comprueba en la medida en que, de manera contraria a lo dispuesto por el artículo 94 del Reglamento del Congreso, el Presidente de la Plenaria en ningún momento abrió el sometimiento a discusión del informe de conciliación. De hecho, jurisprudencialmente, se ha reconocido que

*(...) Será de cargo del presidente garantizar que la discusión se lleve a cabo antes la votación en cada debate, permitir las intervenciones de todos los integrantes de la comisión o cámara, dentro de lo que establezca el Reglamento, introduciendo, si es necesario, restricciones razonables en asuntos tales como la extensión de cada intervención, siempre que, al aplicarlas, se cumpla estrictamente lo anunciado y de la misma forma para todos, sin discriminación ni preferencias*⁴⁰.

Adicionalmente, el honorable Senador Navarro Wolff de manera expresa resaltó que la aprobación del texto acogido en Cámara había ocurrido sin deliberación alguna:

“Bueno primero quiero que todos tengan conciencia que hace 20 minutos votamos que la parte que van a tener que pagar todos los pensionados en salud es el 4%, porque se acogió el texto de Cámara y no el de Senado. El de Senado decía que eran solamente aquellos que tenían 4 salarios mínimos o menos de pensión y el texto de cámara que todos los pensionados. Y en la conciliación se acogió el texto de Cámara y aquí se aprobó, pues, sin ninguna discusión. Simplemente dejar esta constancia para

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-087 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-668 de 2004. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²² Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

²³ Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

²⁴ Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-880 de 2003. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra y Dr. Jaime Córdoba Triviño.

²⁶ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1992. Artículo 145.

²⁷ Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 146.

²⁸ Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

²⁹ Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

³⁰ Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

³¹ Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 160.

³² Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 5ª (17, junio, 1992). Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. Bogotá D.C. Artículo 94.

³⁴ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículos 94, inciso 2º, 157 y 176.

³⁵ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículos 95, 117-119.

³⁶ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículos 96-105.

³⁷ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículo 107.

³⁸ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículos 108 y 164.

³⁹ Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

⁴⁰ Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

*que cuando les pregunten sepan que aquí votamos así hace una media hora*⁴¹”.

A partir de lo descrito, es evidente que la aprobación del informe de conciliación en la Plenaria del Senado no tiene validez, por cuanto la Presidencia de esa Cámara no permitió a los miembros del Parlamento discernir, hacer pública su opinión, manifestar sus ideas o expresar su desacuerdo con respecto al texto a ellos presentado⁴².

Ahora bien, se debe considerar la existencia de un precedente fijado por la Corte Constitucional según el cual en la votación de los Informes de conciliación las Plenarias pueden válidamente pasar a la votación sin solicitar la apertura del debate, cuando “... *el articulado ya había sido considerado a profundidad en los anteriores debates y que los congresistas compartían las propuestas contenidas en el informe de mediación...*”⁴³.

Sin embargo, en el presente caso no es posible concluir que nos encontremos ante el mismo supuesto fáctico, puesto que las intervenciones de los Senadores detalladas en el numeral 1.1 del presente escrito dan cuenta del profundo desconocimiento que existía entre los mismos del texto acogido por la comisión de mediación y, por lo tanto, no es posible considerar que consentían en el contenido de este. Así, era obligación del Presidente de la Plenaria brindar la oportunidad de debatir conforme las reglas expuestas, requisito que no fue cumplido.

Esta consideración se enlaza con el vicio de la votación ordinaria arriba indicado, pues pone de presente que los honorables Senadores no tuvieron la oportunidad de manifestar su desacuerdo con el proyecto y, por lo mismo, de hacer explícita la necesidad de someterlo a una votación nominal.

1.3. El vicio de forma no fue convalidado durante el propio proceso legislativo

Como se expresó anteriormente, la Constitución contempla una serie de exigencias para que los proyectos se conviertan en ley. Entre ellas, el requerimiento imperativo de debate y la necesidad de haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate⁴⁴. Adicionalmente, el Reglamento del Congreso requiere que el sometimiento a discusión de cualquier proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva corporación, culmine con la votación general⁴⁵.

La Corte ha señalado que la falta de deliberación o elusión de debate da lugar a un vicio de trámite, pues, de manera contraria a lo contemplado en la Constitución y en la Ley 5ª de 1992, una decisión es tomada sin oportunidad de discusión⁴⁶. Sin embargo, en virtud del principio de instrumentalidad, la misma Corporación ha reconocido que existe la posibilidad

que a lo largo del propio proceso legislativo algunas irregularidades sean saneadas⁴⁷, “(...) en la medida en que se haya cumplido con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, o la irregularidad haya sido expresamente subsanada por una autoridad que tenía competencia para efectuar ese saneamiento”⁴⁸.

Con respecto al caso en específico, como ya fue demostrado, la aprobación del informe de conciliación no contó con la deliberación requerida, razón por la cual se configuró un vicio de forma en el respectivo trámite. Ante dicha elusión de debate, el honorable Senador Navarro Wolff propuso la reapertura de la discusión⁴⁹ con el fin de que los miembros de la Plenaria del Senado tuvieran la oportunidad de presentar sus opiniones sobre el asunto. La mencionada reapertura fue acogida, y el Presidente dio trámite de la misma en la sesión del 13 de junio de 2017. Sin embargo, en vista de la presentación de múltiples impedimentos, el debate no fue reabierto y se conformó una subcomisión para que aclarara a la Plenaria las salidas que existían frente al texto acogido por la comisión de conciliación⁵⁰. Como resultado de la misma, el informe de la subcomisión señaló que no era procedente la reapertura del debate y por lo tanto se solicitó la ratificación de la votación por la cual se había aprobado el informe de conciliación que acogía el texto aprobado en plenaria de la Cámara de Representantes⁵¹.

En ese sentido, es evidente que a pesar de que la elusión de debate intentó ser convalidada dentro del trámite en el Congreso, la misma no fue saneada siempre que, ante la aprobación del informe de la subcomisión conformada, se negó a los miembros de la plenaria del Senado la oportunidad de contar con un espacio para presentar sus consideraciones con respecto al informe de conciliación⁵². En consecuencia, a pesar de la moción de orden del honorable Senador Navarro Wolff, no se cumplió con el propósito que los artículos 157 de la Constitución Política y 94 del Reglamento del Congreso protegen, consistente en garantizar el principio democrático de participación política parlamentaria.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-277 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C473 de 2004. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Moción de orden del honorable Senador Antonio Navarro Wolff. “Sí señor Presidente, he estado consultando con una serie de senadores sobre el tema de la conciliación y la **necesidad de que se reabra el debate, que se reabra el tema**. Yo no quiero interrumpir el proceso de aprobación de la adición presupuestal que a todas luces necesitamos, pero por lo menos que se vote ahora la reapertura y se empiece el debate de nuevo y la votación después de la reapertura porque me imagino que va a haber impedimentos de quienes están pensionados entonces yo lo que propongo es que se vote la reapertura y después hacemos y después de la votación de la adición presupuestal entonces se vota ese tema”. 3:58:50. Sesión Plenaria del Senado 7 de junio de 2017.

⁵⁰ Intervención 1:42:30. Sesión Plenaria 13 de junio de 2017.

⁵¹ Intervención honorable Senador Delgado. Sesión Plenaria 20 de junio de 2017.5:54:30.

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-714 de 2006. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴¹ Intervención honorable Senador Antonio Navarro Wolff. Sesión Plenaria del Senado 7 de junio de 2017.3:35:00.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-751 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-473 de 2005.

⁴⁴ Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157, numeral 3.

⁴⁵ Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículo 94.

⁴⁶ Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

2. Creación de un beneficio tributario sin aval del Gobierno nacional, violación del artículo 154 de la Constitución Política.

El Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el 008 de 2015 Cámara, por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados, fue expedido en violación de lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política, como quiera que establece una exención tributaria, lo que corresponde a un asunto de iniciativa legislativa privativa del ejecutivo y, carece de aval por parte del Gobierno nacional, lo cual se explica de la siguiente manera:

El artículo 1° del proyecto establece:

“Artículo 1°. Modifíquese el inciso del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

La cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

La cual se hará efectiva a partir del 1° de enero de 2017.

Los aportes en salud son una contribución parafiscal cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional⁵³. Estas decisiones han precisado que son el resultado de la soberanía fiscal del Estado, y en consecuencia una clase de tributo de carácter obligatorio que se cobra a un grupo determinado y se invierte en beneficio del mismo⁵⁴. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

“... la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo...”⁵⁵. (Subrayas por fuera del texto original).

Así, es claro que toda contribución parafiscal, por su naturaleza tributaria, se encuentra sometida a las reglas y principios aplicables a cualquier tipo de norma que ostente este carácter y específicamente a aquellas que rigen el procedimiento legislativo.

Ahora bien, es relevante considerar que la disminución de la cotización en salud de los pensionados del 12% al 4% es una disminución de

la tarifa de un tributo y, por lo mismo, es una medida que incorpora una exención o *beneficio tributario*.

En esta materia, la Corte Constitucional ha señalado que las exenciones *“impiden el nacimiento de la obligación tributaria en relación con determinados sujetos o disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Así, si bien en principio, respecto del contribuyente, se concreta el hecho generador del tributo, este se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal, mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria (...)”* (Subrayas por fuera del texto original).⁵⁶

Por lo anterior, teniendo que el contenido del proyecto de ley *sub examine* incluye una exención tributaria, es preciso aclarar que tanto la Constitución como la propia Corte han resaltado que la iniciativa legislativa para estos asuntos es privativa del Gobierno. Ahora bien, aunque el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para establecer este tipo de beneficios, tal como ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia constitucional⁵⁷, se debe precisar que esa libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente, la de iniciativa gubernamental de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política que establece:

“Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales” (Subrayas fuera de texto original).

Al respecto, la Corte afirmó que⁵⁸:

“...Sobre el particular, la Corte ha destacado que al legislador le corresponde, a iniciativa del gobierno, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertas personas o actividades del pago de un tributo determinado, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten el otorgamiento del beneficio fiscal” (Subrayas fuera del texto original).

⁵³ Sentencias C-152 de 1997, C-577 de 1995, C-711 de 2001, C-1067 de 2002 y C-800 de 2003 Entre otras.

⁵⁴ “...los tributos o contribuciones parafiscales constituyen una categoría tributaria específica distinta de las tasas y los impuestos...” Sentencia C-577 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁵ Sentencia C-430 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁶ Véase la Sentencia C-748 de 2009. La cual sigue lo establecido en la Sentencia C-511 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁷ Sentencias C-341 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-250 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

⁵⁸ En Sentencia C-748 de 2009, siguiendo la línea de la Sentencia C-183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así las cosas, y específicamente en materia de aportes a seguridad social en salud de los pensionados, la Corte Constitucional realizó el análisis pertinente en la Sentencia C-838 de 2008, al pronunciarse sobre las objeciones presidenciales presentadas al Proyecto de ley número 26 de 2007 Senado, 121 de 2007 Cámara mediante el cual se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 con el fin de establecer una tarifa de cotización en salud para los pensionados del 12%, considerando lo siguiente:

“...En el presente caso, el proyecto de ley presentado por el Gobierno concedía a los pensionados que recibieran mesadas pensionales que no superaran un salario mínimo legal mensual, una exención tributaria respecto de la obligación de pagar un incremento del 0.5% en la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, obligación que, según ha sido definido por esta Corporación en reiterada jurisprudencia, constituye una contribución parafiscal.

En lo que se refiere a la exención tributaria, el proyecto de ley que fija el monto de las cotizaciones de los pensionados era uno de aquellos que, en virtud de lo prescrito por el segundo inciso del artículo 154 de la Constitución Política, correspondía a la iniciativa privativa o exclusiva del ejecutivo, pues dicha norma superior prescribe que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que “decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”, y dado que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamado “Contribución parafiscal”, es claro que el proyecto de ley correspondía a aquellos que son de la iniciativa exclusiva del Gobierno...” (Subrayas fuera del texto original).

De igual manera, la Honorable Corte, en Sentencia C-1707 de 2000, al referirse a un caso similar, estableció que:

“...De conformidad con los anteriores supuestos, se tiene que la iniciativa de que trata el proyecto ley objetado, en la medida que compromete la facultad constitucional de crear exenciones tributarias, radica de manera exclusiva y excluyente en el Ejecutivo, razón por la cual, acciones legislativas de esa naturaleza, sólo pueden ser dictadas a instancias del Gobierno Nacional o con su participación y consentimiento expreso.

(...)

En efecto, en el entendido de que el proyecto de ley busca exonerar a los pensionados y beneficiarios del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder a los servicios de salud, es de interés señalar que, siguiendo el criterio hermenéutico sentado por esta Corporación a lo largo de su extensa jurisprudencia, los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación

específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, a la cuenta del denominado régimen subsidiado...” (Subrayas fuera del texto original).

Como se ve, la jurisprudencia de la Corte ha indicado de manera reiterada que la disminución de las tarifas de los aportes a seguridad social está restringida por la iniciativa privativa del Gobierno a la que se refiere el artículo 154 de la Constitución.

En el caso concreto, el proyecto de ley objeto del presente pronunciamiento establece un beneficio tributario, como quiera que disminuye el monto de las cotizaciones por aportes a salud de los pensionados del 12% al 4%. Al respecto, se debe indicar que actualmente el monto del aporte a salud para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es del 12.5% del ingreso o salario base de cotización⁵⁹, mientras que el de los pensionados es del 12%⁶⁰ por efecto de una exención otorgada por la Ley 1250 de 2008, medida que fue considerada por la Corte Constitucional como una exención generalizada para todos los pensionados, al manifestar que *“...la variación introducida por el Congreso consistió en extender una exención a toda la población pensionada, y no sólo a un sector de ella...”*⁶¹. (Subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, al tratarse de un asunto de iniciativa privativa del Ejecutivo, el proyecto de la referencia debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno Nacional, lo que jurisprudencialmente se ha denominado “aval del gobierno”⁶². Uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en esta materia es que el aval puede ser dado por el Presidente de la República o *“... ser otorgado por el ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto...”*⁶³.

Al respecto, se debe tener en cuenta que mediante carta de comentarios de fecha 5 de octubre de 2015 el Ministerio del Trabajo, consideró que *“...la iniciativa presentada resultaría loable y meritoria, en la medida en la que protege al grupo poblacional de especial atención como son los adultos mayores, que busca mantener el poder adquisitivo de las pensiones garantizándoles los derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social. Sin embargo, el proyecto de ley no incluye el análisis respecto del impacto fiscal que la disminución del porcentaje de aporte tendría sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud de tal forma que no se*

⁵⁹ Artículo 204 de la Ley 100 modificado por el artículo 10 de la Ley 112 de 2007.

⁶⁰ En virtud de lo establecido en la Ley 1250 de 2008 que adicionó un párrafo al artículo 204 de la Ley 100.

⁶¹ Sentencia C- 838 de 2008.

⁶² Sentencia C-177 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶³ Sentencia C-838 de 2008.

comprometa la sostenibilidad financiera del Sistema conforme a la normatividad vigente y con sujeción a las normas de carácter presupuestal. Cualquier propuesta que se presente debe proteger los derechos de forma progresiva, de tal manera que no desborde la financiación del Sistema...⁶⁴.

Posteriormente, durante la audiencia pública que se adelantó en la Comisión Séptima del Senado el 6 de septiembre de 2016, la Ministra de Trabajo reiteró la posición de dicha Cartera en relación con la iniciativa, destacando que “...hay un concepto negativo del Ministerio de Hacienda, (...), en ese contexto fiscal se hace muy complejo avanzar en un proyecto de esta naturaleza sin señalar de dónde van a venir los recursos para satisfacer esa reducción...”. Y finalmente, recomendó al Senado de la República “...empezar a avanzar en una propuesta que sea por etapas, que beneficie primero con reducciones a las personas que devengan las pensiones más bajas de salario mínimo o hasta dos salarios mínimos legales y de dónde van a salir los recursos para hacer la compensación de la financiación del sistema nacional de salud que como todo el mundo ya sabe experimenta, también está en situación grave de desfinanciación...”⁶⁵.

De otra parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, emitió concepto en el cual concluye que “...por las razones expuestas de orden constitucional y de inconveniencia, no es viable y por tanto se solicita, respetuosamente su archivo...”⁶⁶.

En igual sentido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto frente al proyecto de ley en diferentes etapas del proceso legislativo, absteniéndose de emitir concepto favorable y solicitando la posibilidad de archivo de la iniciativa, considerando que “... La disminución de los recursos es vertiginosa y compromete seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social de la salud. Se generaría un desequilibrio que debería ser asumido por la Nación por el monto anteriormente enunciado, recursos que no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

La propuesta pasa de un esquema constitucional, avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompaña con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que no prevé una fuente sustituta de recursos...”.

Así las cosas, se evidencia que ninguno de los ministerios que participaron durante el trámite del proyecto de ley dio aval a la iniciativa.

No obstante, se debe tener en cuenta que reiterada jurisprudencia constitucional ha considerado que “...el aval que da el Gobierno a los proyectos que cursan el Congreso no puede provenir de cualquier

ministro por el sólo hecho de serlo, sino solo de aquel cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley...”⁶⁷.

En atención a lo anterior, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la única entidad competente para avalar las iniciativas tributarias, pues es función del Ministerio de Hacienda definir, formular y ejecutar la política económica del país, así como preparar las leyes, decretos y la regulación, en materia fiscal y tributaria, entre otras. En consonancia con lo anterior, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003⁶⁸ exige que exista compatibilidad entre los proyectos de ley que otorguen beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo, con base en lo cual requiere “...que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal...”⁶⁹.

Asimismo, es función del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, participar en la elaboración de la regulación económica de la seguridad social⁷⁰. Por lo tanto, se destaca que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, planteó observaciones de carácter técnico, fiscal y legal durante el trámite legislativo para oponerse al presente proyecto de ley, manifestando expresamente la ausencia de aval del gobierno a la iniciativa⁷¹.

Por lo anterior, se considera que el trámite de la presente iniciativa está viciado de inconstitucionalidad⁷², en los términos de lo establecido, entre otras, en la Sentencia C-1707 del 2000:

“...ha de concluirse que cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno nacional y este no la ejerza ni la convalide -en los casos en que haya tenido lugar, a instancia de otros actores políticos-, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2° que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado, entre otras, “las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales...”” (Subraya por fuera del texto original).

En atención a lo expuesto, el proyecto de ley debe ser declarado inexecutable, habida cuenta que como se ha mostrado refiere a un asunto de la competencia privativa del Ejecutivo para su trámite legislativo, el cual hace parte de un proyecto de ley

⁶⁷ Ver Sentencias C-121 de 2003 y C-838 de 2008.

⁶⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

⁶⁹ Sentencia C-141 de 2010.

⁷⁰ Decreto 4712 de 2008 “por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Artículo 3° numerales 27 y 30.

⁷¹ Ver *Gacetas del Congreso* 138 de 2016 y 378 de 2017.

⁷² Cfr. Sentencia C-177 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, que permite que un proyecto de ley de dicha naturaleza pueda ser tramitado en el Congreso de la República, por iniciativa parlamentaria, siempre y cuando el Gobierno consienta en el mismo, mediante la figura denominada jurisprudencialmente como “aval del gobierno”.

⁶⁴ Ver *Gaceta del Congreso* 273 de 2016 “Concepto Jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara”.

⁶⁵ Ver *Gaceta del Congreso* 765 de 2016 “Acta de Comisión 10 del 6 de septiembre de 2016 Senado”.

⁶⁶ Ver *Gaceta del Congreso* 273 de 2016 “Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara”.

que no es de la iniciativa del Gobierno nacional y que no contó con su aval, conforme se manifestó en más de cuatro ocasiones de manera expresa, a través de las cartas de intervención radicadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a los textos de publicación, ponencia para segundo⁷³, tercer y cuarto debate⁷⁴, así como lo manifestado en el concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social frente al informe de ponencia para primer debate⁷⁵.

3. Violación de los principios de equidad y progresividad en materia tributaria

Como se demostrará a lo largo de esta sección, la norma examinada supone una vulneración de los principios de justicia, equidad y progresividad en materia tributaria.

Esta inconstitucionalidad se hace evidente si se observa que la norma propone una modificación profunda en la carga impositiva de un grupo específico de contribuyentes, sin observar de ninguna manera no solo la capacidad contributiva del grupo específico de contribuyentes, sino además omitió un análisis sistémico de la progresividad del sistema y desconoció la capacidad contributiva del resto de contribuyentes que pertenecen al sistema.

Y es que frente al desconocimiento de las capacidades económicas y de la constitucionalidad y equidad de la situación del grupo específico de contribuyentes que son destinatarios de la norma (los pensionados), la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya reconoció la importancia de su contribución para la sostenibilidad y solidaridad en el sistema, y el porqué de su tratamiento porcentual diferencial. Sus aportes no solo son constitucionalmente válidos, sino necesarios para respetar la solidaridad del sistema y especialmente la equidad y la progresividad en materia tributaria. Como se demostrará más adelante, la Corte Constitucional ya revisó el diseño actual de los aportes de los pensionados y reconoció que los mismos son necesarios para mantener la equidad del sistema y respetar las cargas impositivas de todos los sujetos. En este sentido, es claro que una medida como la introducida por el Proyecto de Ley le imprime al sistema una dosis manifiesta de regresividad, que deriva indefectiblemente en su inconstitucionalidad.

Para demostrar esta conclusión, el presente acápite se dividirá en tres partes. Inicialmente (i) se abordarán los principios de progresividad y equidad en materia tributaria; después (ii) se analizará el caso de los pensionados y el porqué de su importante y ya jurisprudencialmente revisado aporte, de cara a la progresividad de los tributos; para así finalizar (iii) demostrando la regresividad propia de la medida y la inequidad propiciada por la inobservancia de la capacidad contributiva, significando así una vulneración de la Constitución Política.

3.1 Los principios de equidad y de progresividad en materia tributaria

Los principios de equidad y progresividad en materia tributaria se derivan directamente de su consagración constitucional. Así, el artículo 363 de la Constitución Política establece:

Artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

En este sentido, el principio de progresividad en materia tributaria ha sido definido por la Honorable Corte Constitucional, como aquel principio que se predica del sistema en su generalidad y que implica la necesidad de que el Legislador observe la capacidad contributiva de los contribuyentes al momento de imponer cargas fiscales o establecer beneficios respectivos, garantizando de tal suerte que quienes más tienen contribuyan más, y quienes menos tienen contribuyen menos. Es por esto que dicho principio ha sido íntimamente relacionado con el principio de equidad y de justicia en materia tributaria.

Frente al principio de progresividad, la Corte estableció que:

Por su parte, el principio de progresividad, el cual se predica del sistema tributario, hace referencia al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen, es decir, es un criterio de análisis de la proporción del aporte total de cada contribuyente en relación con su capacidad contributiva. En este orden de ideas, es neutro el sistema que conserva las diferencias relativas entre los aportantes de mayor y de menor capacidad contributiva; es progresivo el que las reduce; y es regresivo el que las aumenta. En esa misma medida, una dimensión más amplia del principio de progresividad del sistema, relevante en este proceso, invita a valorar el destino y los efectos del gasto público financiado con los recursos recaudados. En este sentido, es relevante el impacto del gasto público en la situación relativa de los contribuyentes y, en general, de los habitantes de un país. La neutralidad, progresividad o regresividad del sistema en esta perspectiva más amplia se apreciaría comparando las condiciones económicas de los diferentes integrantes de la sociedad después de efectuado el gasto público”⁷⁶. (Negrillas por fuera del texto original).

Y sobre el principio de progresividad y su relación inescindible con el principio de equidad, respecto de lo requerido por el artículo 363 Constitucional, la Corte afirmó:

El principio de equidad tributaria ha sido definido por la Corte como una manifestación específica del principio general de igualdad y comporta la proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados, ya sea porque se

⁷³ Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 138 de 2016.

⁷⁴ Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 378 de 2017.

⁷⁵ Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 273 de 2016.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003.

*desconozca el mandato de igual regulación legal cuando no existan razones para un tratamiento desigual, o porque se desconozca el mandato de regulación diferenciada cuando no existan razones para un tratamiento igual. El principio de progresividad tributaria dispone que los tributos han de gravar de igual manera a quienes tienen la misma capacidad de pago (equidad horizontal) y han de gravar en mayor proporción a quienes disponen de una mayor capacidad contributiva (equidad vertical)*⁷⁷. (Negrillas propias).

Nótese entonces que la equidad y la progresividad se erigen como requisitos que deben ser observados necesariamente por el legislador, y que suponen que se observe la capacidad económica de los contribuyentes, garantizando así que el sistema esté permeado por una justicia contributiva, marcada por la correcta distribución de las cargas.

En el caso que nos ocupa, como se verá en el acápite siguiente, el Legislador no tuvo en cuenta la capacidad contributiva de los contribuyentes y la importancia propia de la tarifa actual, suponiendo el establecimiento de un beneficio considerable que profundiza problemas de equidad y progresividad.

3.2 La importancia del aporte a salud de los pensionados. El tratamiento porcentual diferencial de este grupo fue considerado no solo constitucional, sino necesario por la jurisprudencia constitucional

Teniendo en cuenta precisamente la capacidad contributiva del grupo de contribuyentes estudiado (los pensionados) es que el tratamiento porcentual diferencial de este grupo fue considerado en la jurisprudencia constitucional no solo (i) constitucional, sino además (ii) necesario y de gran importancia para el sistema.

Por una parte, **respecto de la constitucionalidad del tratamiento diferencial**, valga recordar lo ya expresado en los apartes anteriores de este escrito, en el sentido de que el porcentaje de cotización del 12% no puede considerarse inequitativo en la medida en que el mismo responde a la materialización del principio de solidaridad. Los pensionados aportan en un porcentaje mayor que el de los trabajadores activos por diversas razones.

Por un lado, puesto que los trabajadores activos, además de los aportes en salud, deben también aportar al Sistema General de Seguridad Social en materia de pensiones. En otras palabras, las capacidades contributivas de los grupos de contribuyentes (trabajadores activos y pensionados) definitivamente no son las mismas y, por lo tanto, las cargas impositivas tampoco deben ser iguales.

Por otro lado, y reforzando este punto, la diferencia tarifaria se justifica constitucionalmente por otras razones: (i) es una decisión razonable para la sostenibilidad financiera del sistema; adicionalmente (ii) los pensionados suelen tener menos responsabilidades respecto a terceros en

relación con las que tienen los trabajadores activos; y finalmente (iii) la condición de pensionado hace cesar la obligación de cotizar para pensión y por lo tanto, disminuye considerablemente su carga impositiva⁷⁸.

Por otra parte, **respecto a la necesidad e importancia del tratamiento actual de los pensionados y su aporte diferencial**, la jurisprudencia se ha referido a la necesidad de los respectivos aportes en materia de seguridad social, producto del principio de solidaridad. Así, la Corte manifestó que:

Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.

(Subrayas y negrillas nuestras).

Y sobre el caso particular de la carga impositiva de los pensionados la Corte afirmó claramente que la tarifa del 12% de contribución de este grupo no solo era equitativa, sino además necesaria, observando su situación particular y la necesidad de su solidaridad para con el resto de trabajadores activos:

Por consiguiente, en tal contexto, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud. En efecto, en la medida en que la persona se pensiona, cesa la relación laboral y el patrono deja de sufragar las dos terceras partes de la cotización del trabajador. Es obvio que para asegurar la viabilidad financiera del sistema de salud, algún agente debe abonar esa suma, que era anteriormente cubierta por el empleador. Por ende, el Congreso decidió que esta fuera asumida directamente por el pensionado, lo cual es un desarrollo legal posible. Es cierto que había otras alternativas, como recurrir a recursos presupuestales para financiar la seguridad social, o aumentar la cotización de los trabajadores activos. La ley hubiera podido eventualmente optar por esas regulaciones. Pero nada en la Carta se opone a que el Congreso establezca que es deber del pensionado cancelar ese monto de cotización, que no es desproporcionado, ya que es una contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos. (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

De igual manera, en la Sentencia C-229 de 1998, la Corte Constitucional, al revisar la norma que establecía una tarifa diferencial de contribución sobre su pensión, necesaria para recibir los servicios de salud, determinó que la seguridad social no tiene un carácter gratuito y que la misma se financia, en parte importante, con los aportes del mismo beneficiado:

“Esta disposición encuentra sustento en la naturaleza misma de la seguridad social, que

⁷⁷ Sentencia C-397 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁸ Sentencia C-126 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de las personas (CP artículo 48). Por ende, es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que estos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad." (Énfasis nuestro).

Este asunto es especialmente importante, pues se destacó que el aporte en salud que es asumido por el empleador durante el tiempo que el afiliado tiene la calidad de trabajador activo, debe ser asumido por algún agente del sistema. Así pues, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, dada la onerosidad propia de la prestación del servicio de salud y la necesidad de mantener el equilibrio del sistema, debe asumir las cargas a las cuales no estuvo sometido mientras fue trabajador activo. Nótese que su capacidad contributiva, en ambos momentos, no es la misma, y por ello, tampoco puede serlo su carga impositiva. De serlo, se vulneraría el principio de progresividad, por inobservancia de la capacidad contributiva.

Adicionalmente, es necesario resaltar que esa diferencia porcentual, como reconoce la Corte, garantiza que quienes tienen menor capacidad contributiva, contribuyan menos, y quienes tienen mayor capacidad contributiva, contribuyan más. En otras palabras, el diseño de las tarifas diferenciales supone claramente el pilar de la equidad en el sistema contributivo en materia de pensiones.

En conclusión, el aporte de los pensionados, tal y como está diseñado actualmente, no solo es constitucionalmente válido, sino necesario para la sostenibilidad del sistema, y -aún más importante para el argumento que nos ocupa- necesario para garantizar la equidad y progresividad, en materia tributaria, del mismo.

3.3. Las medidas introducidas por el proyecto de ley desconocen la capacidad económica de los contribuyentes, sus condiciones particulares y, por ende, le imprimen al sistema una dosis de regresividad manifiesta que demuestra su inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar que la norma demandada desconoce las características especiales de los dos grupos, y especialmente, al disminuir la carga de cotización de los pensionados, pasa por alto las respectivas capacidades contributivas y las diferentes cargas impositivas que los sujetos deben soportar. En otras palabras, a juicio del Ejecutivo, es evidente que la norma examinada adolece de inconstitucionalidad, pues desconoce los principios de equidad y progresividad tributarias, en la medida en que desconoce la capacidad contributiva de los contribuyentes y en esa medida contiene una medida regresiva.

Ha anotado la Corte en diversa jurisprudencia⁷⁹, al referirse a la carga de justificación del análisis de un beneficio regresivo, que:

[C]uando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afecta el contenido mínimo no disponible de [la faceta de] derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparea.

Del examen anterior, es necesario preguntarnos, primero, si la medida busca satisfacer un fin constitucionalmente imperativo. Al respecto, si bien es cierto que el grupo que se pretende beneficiar es un grupo al que quisiera dársele un beneficio tributario especial, lo cierto es que los sujetos pertenecientes al mismo ya se encuentran protegidos de múltiples maneras (e.j. menores cargas impositivas por beneficios exclusivos en el impuesto sobre la renta, como rentas exentas, e incluso por no sujeciones ni obligaciones de contribución, como en el caso de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en materia de pensión). Un beneficio adicional, y un desconocimiento de la capacidad contributiva de los mismos -ya revisada y confirmada por la honorable Corte Constitucional- supone definitivamente una modificación regresiva, que de ninguna manera buscaría satisfacer una finalidad constitucional imperativa, sino todo lo contrario, materializaría una situación inconstitucional de permanente inequidad y regresividad.

A la luz de lo anterior, el resto de asuntos resulta irrelevante, pues de ninguna manera la medida procura un fin constitucionalmente válido, ni supone la única alternativa (existiendo ya varias conducentes y progresivas, desde una óptica holística del sistema), ni mucho menos es una medida que deja incólume los derechos comprometidos, pues los otros sujetos, esto es, los trabajadores activos, tendrán que asumir cargas desmedidas que no observan ni su capacidad contributiva, ni la de los beneficiados.

Ahora bien, cabe resaltar que la declaratoria de constitucionalidad del esquema de contribución de los pensionados pone de presente no solo su relevancia para la estructura de financiación del sistema de salud, sino el reconocimiento constitucional de que se trata de un grupo poblacional con la capacidad contributiva para soportar esa carga. Por lo mismo, la disminución abrupta y significativa del monto de

⁷⁹ Ver Sentencias C-1064 de 2001 (MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, AV. Álvaro Tafur Galvis. SV. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil), C-671 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), C-931 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

sus aportes requiere (i) un análisis de si se trata de un beneficio tributario razonable, que persiga un fin constitucionalmente válido y (ii) una evaluación del efecto de la medida sobre la progresividad de todo el sistema.

El proyecto de ley del asunto omite las dos consideraciones. Por un lado, reconoce un beneficio generalizado, extensivo a todos los pensionados sin consideración del monto de sus aportes o de la estructura financiera que respalda su pensión -es decir, si está financiada plenamente por sus aportes o es altamente subsidiada. Y por otro lado, no reconoce que los pensionados son destinatarios de otros beneficios tributarios (por ejemplo, en su mayoría no pagan impuesto sobre la renta respecto de estos ingresos) y por lo tanto ya ven su mesada protegida de la tributación por otros medios. Finalmente, la medida no reconoce que se trata de personas con capacidades contributivas similares o incluso superiores a los demás aportantes, que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional suelen tener menos cargas económicas asociadas, y que por lo tanto pueden hacer este aporte sin afectar su mínimo vital.

Y es que lo anterior es de suma importancia, si se tiene en cuenta que frente a modificaciones tributarias inequitativas y regresivas, la Corte afirmó que un ejemplo de ellas, corresponde a las que no observan la capacidad contributiva del contribuyente. Así, dijo:

*[L]a Corte (i) determinará si hay un sacrificio real de la equidad en este caso, luego (ii) establecerá el tipo de límite impuesto a ese principio, para (iii) analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción establecida por la norma, pues debe demostrarse que la reducción de la equidad aporta una manifiesta dosis de regresividad al sistema. **En este último punto, este Tribunal considerará algunos rasgos que claramente han definido una limitación al principio de equidad como irrazonable: por ejemplo cuando el monto a pagar no se define atendiendo la capacidad de pago del contribuyente.** o cuando el tributo tiene implicaciones confiscatorias, es decir no permite que el sujeto obligado perciba ganancias a causa de un gravamen que toma una porción de su patrimonio sin permitir la recuperación de pérdidas posterior (Negrillas y subrayas propias).*

Estas consideraciones ponen de presente que el Congreso aprobó un beneficio tributario regresivo, que no consulta la capacidad de pago de sus destinatarios y que por lo mismo no tiene un fin constitucionalmente legítimo, que justifique el sacrificio adicional para los recursos públicos y para los demás aportantes al sistema.

Y es que el sistema actual está diseñado de tal manera que los pensionados aporten en un porcentaje mayor que el de los trabajadores activos para garantizar la equidad, la solidaridad y la progresividad, observando la capacidad contributiva de los distintos grupos. Como es

sabido por la honorable Corte, los trabajadores activos - además de las evidentes condiciones y contextos claramente diferentes ya resaltados por la Sentencia C-126 de 2000- deben no solo aportar al Sistema General de Seguridad Social en materia de salud, sino también en pensiones, aspecto que no sucede con los pensionados. Así las cosas, las capacidades contributivas de los diferentes grupos de contribuyentes no son iguales y, por lo tanto, las cargas impositivas tampoco pueden serlo.

De pretender igualar las cargas impositivas de sujetos en condiciones diferentes y con capacidades contributivas evidentemente diferentes, como se establece en el proyecto de ley objetado, se estaría afectando abiertamente no solo la sostenibilidad del sistema, sino además su diseño progresivo, como reconoció la Corte en diversas ocasiones⁸⁰. Sobre esto, se considera que la norma le imprime una dosis manifiesta de regresividad al sistema, pues afecta no solo a un grupo específico, sin observar su capacidad contributiva, sino que además desdibuja el diseño equitativo de las contribuciones y las diferentes tarifas impositivas de todos los sujetos.

Al respecto, refiriéndonos a las situaciones jurídicas en las que la Corte ha determinado que existe una vulneración del principio de progresividad y por ende que la norma es regresiva, es necesario verificar si la norma efectivamente le imprime una dosis tal de regresividad al sistema que la hace inconstitucional. Al respecto afirmó el Tribunal:

La jurisprudencia ha establecido que la progresividad es un principio exigible del sistema. No obstante, esto no implica que dicho principio sea ajeno al control constitucional de determinados impuestos individualmente considerados, o de elementos singulares integrantes del ordenamiento tributario, ni que sea inaplicable a los tributos indirectos, sino que al examinar la constitucionalidad de cada uno de estos componentes, a la luz del principio de progresividad, las preguntas que debe hacerse el juez deben apuntar a definir: (i) si el mencionado tributo o elemento podría aportar al sistema una dosis de manifiesta regresividad, (ii) si desconoce el derecho al mínimo vital y (iii) si como instrumento fiscal incorpora una limitación irrazonable en el principio de progresividad (CP artículo 363). En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias de regresividad para el sistema, que lo harían inconstitucional⁸¹.

Sobre esto, se considera que el elemento introducido, cual es la disminución de la cotización, desconoce por completo no solo la conveniencia e importancia de los aportes de los pensionados, sino además la constitucionalidad de la tarifa diferencial, que garantiza la equidad del diseño del sistema contributivo en materia de pensiones.

Como se afirmó por la misma Corte, la medida que se pretende introducir no solo beneficia a un grupo

⁸⁰ Véanse las Sentencias C-126 de 2000 o C-229 de 1998.

⁸¹ Sentencia C-100 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

en particular, sino que además supondrá una carga excesiva para el resto de contribuyentes. Nótese, además, que la norma desconoce abiertamente la capacidad contributiva no solo de un grupo de contribuyentes (pensionados), sino de todos los partícipes del sistema (trabajadores activos). La dosis de regresividad es manifiesta, pues no solo afecta a un grupo selecto de contribuyentes, sino a todos los contribuyentes. El daño sobre la progresividad y la equidad no se puede predicar solo sobre una porción del universo de sujetos, sino sobre todo el mismo. A juicio del ejecutivo, claramente la medida, le imprime a todo el sistema una dosis de regresividad intolerable para la Constitución.

Por todas las razones expuestas en este acápite, en síntesis, nos es posible concluir que la norma objetada es inconstitucional, pues desconoce el artículo 363 de la Norma Fundamental, esto es, el mandato de que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

4. Violación a los principios de solidaridad y progresividad de la seguridad social, artículo 48 de la Constitución Política.

El Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el 008 de 2015 Cámara, “*por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados*” es violatorio del principio de solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en la medida que sacrifica una fuente considerable de recursos del Sistema en beneficio exclusivo de un grupo determinado (pensionados), lo que afecta la prestación adecuada del servicio en términos de cobertura y servicios prestados, así como implica el incremento de cargas en cabeza de los demás actores del Sistema sin que exista una razón constitucionalmente válida que lo justifique.

Del mismo modo, se vulnera el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida que la supresión de las fuentes de recursos, sin establecer la manera en la que los mismos serán compensados, implica la eliminación de uno de los factores que configuran el sistema de salud. Este argumento se soporta sobre la consideración de que, dada la onerosidad del servicio de salud, es imposible concebir su prestación sin los recursos económicos que la respalden. Con base en estos argumentos se concluirá que el legislador obvió la restricción impuesta por el principio de progresividad y la consecuente prohibición de regresividad, al omitir establecer la fuente sustituta de financiación de los recursos que dejará de percibir el SGSSS.

Con el fin de facilitar la exposición de los argumentos de violación para el caso concreto se realizará la exposición de la violación al principio de solidaridad y posteriormente se presentarán los argumentos por los cuales se evidencia la violación al principio de progresividad.

4.1 Violación al principio de solidaridad

De acuerdo con el artículo 49 Superior, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En la misma dirección, el artículo 48 *ibidem* estableció que la seguridad social es un servicio público obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Las disposiciones referidas coinciden en la consagración del Estado como garante de la prestación del servicio de salud y seguridad social, cuya naturaleza es pública, y de carácter obligatorio en los términos de la ley. Con base en esta última premisa la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador goza de un amplio campo de acción para regular la seguridad social, la cual incluye el servicio de salud. Empero, esta facultad no es absoluta y encuentra sus propios límites en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que determinan el “...*el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas...*”⁸².

El principio de solidaridad irriga el sistema de seguridad social en salud de dos maneras (i) conforme a la primera de ellas, quienes cuentan con capacidad de pago -entre ellos la población pensionada, afiliada al Régimen Contributivo- debe contribuir al financiamiento del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable, afiliada al Régimen Subsidiado, y (ii) también se expresa al interior del Régimen Contributivo, donde los afiliados cotizantes con mayores niveles de capacidad de pago y por tanto mayor ingreso base de cotización concurren en el financiamiento de los afiliados con menor ingreso base de cotización.

4.1.1. Los afiliados con capacidad de pago contribuyen a la financiación del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable a través del régimen subsidiado de salud

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dentro de su objeto crear condiciones de acceso para toda la población⁸³, para lo cual el Estado tiene el deber de adoptar políticas que aseguren “*la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas*”⁸⁴.

El régimen subsidiado de salud tiene como propósito “...*financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar...*”⁸⁵, con especial énfasis en sujetos de especial protección. Es de aclarar que el régimen subsidiado recibe recursos de diversas fuentes de financiación⁸⁶, dentro de las

⁸² Sentencia C-126 de 2000.

⁸³ Artículo 152 Ley 100 de 1993

⁸⁴ Artículo 2º Ley 1751 de 2015.

⁸⁵ Sentencia C-898 de 2003.

⁸⁶ De conformidad con lo establecido en los artículos 221 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 45 de la Ley 1438 de 2011.

cuales se encuentran los aportes de los afiliados al régimen contributivo, de los que se destina hasta uno punto cinco puntos (1.5) para financiar la subcuenta de solidaridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1438 de 2011, según lo define el Ministerio de Salud y Protección Social.

Así, se puede afirmar que los recursos provenientes de los aportes que realizan los afiliados al régimen contributivo de salud son fundamentales para la real y efectiva garantía de la salud como servicio y derecho, no solo para sí mismos sino para los afiliados más vulnerables, es decir, aquellos pertenecientes al régimen subsidiado. Esto en una clara manifestación del principio de solidaridad como uno de los elementos y principios que integran el derecho fundamental a la salud, según lo establece la Ley Estatutaria de Salud -LES- en su artículo 6°, que para el efecto dispone:

“ARTÍCULO 6°. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

(...)

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades” (Subrayas propias).

Por lo tanto, la disminución del monto de los aportes en salud de la población pensionada no puede ser examinada exclusivamente desde el provecho que representa para mantener el poder adquisitivo de las pensiones, sino que sus efectos deben ser considerados consultando el beneficio general de todos los afiliados al sistema de salud.

4.1.2. Los afiliados cotizantes con mayores niveles de capacidad de pago y por tanto mayor ingreso base de cotización concurren en el financiamiento de los afiliados con menor ingreso base de cotización (solidaridad expresada al interior del régimen contributivo):

El 12% de aportes en salud a cargo de los pensionados fue objeto de demanda de constitucionalidad por considerarlo desproporcionado con respecto al monto de cotización de los trabajadores activos, que se realiza de manera compartida con el empleador (4% y 8% respectivamente). En dicho examen la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de solidaridad, resolvió que la disposición acusada es constitucional en razón a que el principio de solidaridad permite al legislador establecer dicha carga, pues “...en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.”⁸⁷, (subrayas propias)

Así las cosas, la Corporación concluyó que el porcentaje del 12% a cargo de los pensionados no es desproporcionado frente al establecido para los trabajadores activos, pues dicha carga impositiva **garantiza la viabilidad y sostenibilidad del sistema de salud**. La diferencia en el porcentaje de cotización tiene plena validez en la solidaridad intergeneracional si se tiene en cuenta que *“... los jubilados de hoy, en el pasado, cuando eran empleados, se beneficiaron de que las cotizaciones en salud no fueran excesivas...”*⁸⁸. Del mismo modo *“...los trabajadores contemporáneos, que gracias al aporte de los pensionados, no ven incrementadas su cotización, deberán en el futuro, al jubilarse, asumir integralmente ese aporte para garantizar la sostenibilidad del sistema de salud, no solo para ellos, sino para las generaciones venideras...”*⁸⁹.

Así, el porcentaje de cotización de salud del 12% para los pensionados, tiene fundamento constitucional en la reciprocidad que resulta del principio de solidaridad, que obliga a las personas de contribuir en la financiación del sistema de manera sostenible. Esta característica coincide así mismo con el principio de solidaridad definido en la Ley 1751 de 2015⁹⁰ como *“el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”*.

De lo anterior es posible concluir que el porcentaje de cotización del 12% responde al principio de solidaridad, en desarrollo del cual el trabajador activo goza del beneficio de cotizar en un porcentaje inferior al del pensionado, pero deberá solidarizarse con los trabajadores activos cuando ostente la calidad de pensionado.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la misma decisión expresó otras razones que complementan la justificación constitucional de la medida: (i) es una decisión razonable para la sostenibilidad financiera del sistema; (ii) los pensionados suelen tener menos responsabilidades respecto a terceros en relación con las que tienen los trabajadores activos; (iii) la condición de pensionado hace cesar la obligación de cotizar para pensión⁹¹.

En igual sentido consideró que *“...la seguridad social no es gratuita sino que se financia con los aportes de los beneficiados...”*. Este asunto reviste especial relevancia, dado que en esa oportunidad la Alta Corporación consideró ampliamente la viabilidad financiera del sistema y destacó que el 8% del aporte en salud que es asumido por el empleador durante el tiempo que el afiliado tiene la calidad de trabajador activo, debe ser asumido por algún agente del sistema, cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado, dada la onerosidad propia de la prestación del servicio de salud y la necesidad de mantener el equilibrio del sistema.

⁸⁸ Sentencia C-126 de 2000

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

⁹¹ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

Así las cosas, la Corte señaló como alternativas posibles para sustituir el aporte correspondiente a los empleadores en el momento que el afiliado adquiere la calidad de pensionado, que el mismo: (i) sea asumido directamente por el pensionado, (ii) deba recurrirse a los recursos del presupuesto para financiar seguridad social o, (iii) se incremente la cotización de los trabajadores activos⁹². Por lo tanto, concluye la Corte Constitucional que la asunción total del porcentaje de cotización por los pensionados **es un desarrollo del principio de solidaridad** en la medida que *“...si los propios pensionados no asumen su cotización en salud, es muy probable que la ley hubiera debido incrementar los aportes de los trabajadores...”*.

La solidaridad así vista permite entender que la cotización en salud de los pensionados constituye una fuente importante de la sostenibilidad financiera del sistema, pues *“...los aportes que provienen de la cotización de la población pensionada se causan mes a mes y constituyen un importante rubro de ingreso para el Sistema de Seguridad Social en Salud...”*⁹³. Es una realidad la ayuda mutua que impera en el servicio público de salud, además porque está anclado en el deber de todo ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado en un plano de justicia y equidad⁹⁴. Bajo este escenario, la Corte también indicó que el monto actual de cotización de la población pensionada responde a una *“...contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos...”*⁹⁵.

Ahora bien, dado que los aportes a seguridad social en salud son recursos de ese sistema, se precisa que el recaudo de los mismos es una función asignada a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), quienes proceden a descontar el monto reconocido por cada uno de sus afiliados para garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios (“Unidad de Pago por Capitación” (UPC), y posteriormente realizan el giro al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)⁹⁶, de la diferencia resultante de los ingresos por concepto de cotizaciones menos el valor de las UPC correspondientes. Estos dineros se destinan a la subcuenta de compensación, que se encarga de realizar el pago correspondiente a las EPS en las cuales el valor a descontar por concepto de UPC fue superior al valor recaudado por concepto de concepto de cotizaciones⁹⁷.

Lo anterior, permite evidenciar que los recursos correspondientes a los aportes en salud no solo permiten la prestación del servicio de salud para los afiliados que pagan un aporte que supera el valor de la UPC respectiva, sino que facilita la prestación de servicios de salud para los afiliados cuya UPC

es más alta y que por tanto sus valores deben ser compensados a las EPS a través de los recursos provenientes de los aportes pagados por otros afiliados.

En este sentido, se destaca que las personas mayores, entre ellos los pensionados, pesan en la estructura de costo del Régimen Contributivo más de 2 veces el valor promedio de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), y las personas mayores de 75 años llegan a representar 3.9 veces. Lo que estas cifras implican es que estos mayores costos son cubiertos por los afiliados que por sus edades demandan menos atenciones en salud y por lo tanto su participación es inferior en la estructura de costos, generándose así un esquema de subsidios cruzados. Esta situación se profundiza en el caso de la población pensionada, que actualmente ya es beneficiaria de subsidios por cuenta del aporte de los trabajadores activos que demandan menor prestación de servicios en salud, y cuyo subsidio será más alto al disminuirse el monto de sus aportes para salud.

4.1.3 Conclusiones sobre la violación al principio de solidaridad

Conforme lo dicho hasta aquí es posible concluir que la disminución del monto del aporte de cotización en salud de los pensionados implica una disminución deliberada de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que compromete seriamente su viabilidad y sostenibilidad, tanto en cobertura como en beneficios. Así, el proyecto de ley de la referencia modificó significativamente el esquema de financiación del sistema de seguridad social, sin considerar ajustes adicionales capaces de compensar el desequilibrio económico resultante. Este desajuste resulta violatorio del principio de solidaridad, pues disminuye las fuentes de recursos en beneficio de un grupo específico de aportantes, lo que dificulta la ampliación de cobertura y de servicios, la prestación del servicio de salud para los afiliados al régimen subsidiado y rompe con el esquema de subsidios cruzados que sustenta el sistema de salud.

Dado que el Legislador omitió su deber constitucional de identificar una fuente sustitua de financiación, el desequilibrio financiero producido por esta medida deberá ser compensado bien mediante la creación de impuestos o el incremento en la tarifa de cotización de trabajadores activos, lo que resulta contrario al principio constitucional de solidaridad que orienta el sistema, en la medida que se impone mayores cargas a un sector específico de la sociedad en beneficio exclusivo de los pensionados, grupo poblacional que además, en la estructura de costos ya se beneficia de los aportes de la población más joven.

Finalmente, se destaca que si bien el SGSSS ha incrementado su cobertura, no ha logrado que el 100% de la población colombiana cuente con servicio de salud, y quedan todavía muchos aspectos por mejorar en cuanto a beneficios, esto sin tener

⁹² Sentencia C-126 de 2000.

⁹³ Sentencia C-430 de 2009.

⁹⁴ Art. 95-9 C.P.

⁹⁵ Sentencia C-126 de 2000.

⁹⁶ Actualmente al Fosyga y posteriormente a la Entidad Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁹⁷ Ver artículos 177, 205 y 220 de la Ley 100 de 1993.

en cuenta los retos que impone la creación de un régimen de exclusiones como el contemplado en la Ley 1751 de 2015⁹⁸. Por lo tanto, el SGSSS no se encuentra en un momento oportuno para reducir fuentes de financiación. Por el contrario, para hacer efectiva la prestación del servicio de salud en los términos establecidos en la Ley Estatutaria de Salud, ampliar la cobertura en zonas rurales, incluir nuevas tecnologías en salud y la prestación de un mejor servicio en términos de oportunidad y eficiencia requiere de enormes esfuerzos financieros que no se acompañan con lo previsto en la iniciativa objeto de estudio.

4.2. Violación al principio de progresividad de los derechos sociales:

De lo dicho hasta ahora sobre el principio de solidaridad se observa su vínculo indisoluble con el principio de progresividad, que de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución, le impone al Estado el deber de, con la participación de los particulares, ampliar *progresivamente* la cobertura de la seguridad social.

Al respecto debe recordarse que la progresividad se consagra en nuestra Carta Política como un principio de la seguridad social que implica el avance del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que demanda trascender en la búsqueda de mecanismos que permitan la real y efectiva garantía de la salud como servicio y derecho. Así, la regulación de la salud debe abarcar el máximo de protección del derecho, siempre “hacia adelante”. La nueva ley estatutaria de salud se encarga de dar su propia definición de este principio en el entendido que “*el Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud...*”.

De lo anterior se concluye, adicionalmente, que el principio de progresividad, en tanto obliga al Estado a avanzar paulatinamente en la garantía de los derechos con contenido prestacional, comporta también una prohibición de regresividad en lo relacionado con estas medidas. Al respecto ha dicho la Corte:

“...La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas

legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso...” (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, **la disminución deliberada de los recursos del sistema de salud conlleva irreductiblemente a infringir el límite de progresividad y, en consecuencia, corresponde a una acción que debe catalogarse de regresiva y que atenta de manera flagrante contra la sostenibilidad del sistema.** La prohibición de no regresividad de la seguridad social responde a un mandato imperativo del ordenamiento jurídico superior, que tiene pleno respaldo en instrumentos jurídicos del orden internacional, cuya mayor insignia en el asunto es la Observación General número 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Que establece en su numeral 32, “*...existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud...*”.

El principio de progresividad se estableció inicialmente en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2.1: “*1. 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*”. En consideración a que la garantía de dichos derechos tiene una carga prestacional muy alta para el Estado, el Pacto entiende que, si bien no es posible garantizar el acceso al mejor nivel posible de estos derechos, sí existe una obligación consistente en que de forma progresiva se alcance dicho nivel.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció en el artículo 26 que: “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, (...), en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”.

De esta forma, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012 se refirió al principio de progresividad, para precisar que la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser empleado para contrariar el principio de

⁹⁸ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

progresividad en la garantía de todos los derechos: *“La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso. (...) La actual jurisprudencia constitucional también ha señalado que el principio de progresividad no es solo aplicable a la categoría de los derechos sociales, sino que refiere a la faceta prestacional que tienen todos los derechos constitucionales, bien sean catalogados nominalmente como fundamentales, sociales o colectivos”*.

En lo relacionado con el SGSSS, el mandato de no regresividad implica que al Estado le está vedado **disminuir los factores existentes que configuran el sistema de salud y que el conjunto de los mismos es el irreductible punto de partida para la consecución del derecho**⁹⁹. Por lo tanto, la desaparición de las fuentes de financiación del Sistema de Salud, sin que se establezcan otras que las reemplacen, afecta el cumplimiento de este mandato y no consulta los postulados constitucionales que ordenan tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal¹⁰⁰ ni las disposiciones de carácter orgánico sobre transparencia fiscal y la estabilidad macroeconómica¹⁰¹.

Los aportes de los afiliados al régimen contributivo son fundamentales para la real y efectiva garantía de la salud tanto para los afiliados al régimen contributivo como para los afiliados al régimen subsidiado, en tanto constituyen una importante fuente de financiamiento del SGSSS. Vale decir que según lo establecido en la LES **el financiamiento hace parte integral de la definición de sistema de salud**, por lo tanto, la eliminación de las fuentes de financiación, constituye una reducción de los factores que configuran el sistema de salud, y

representa una violación a la obligación a cargo del Estado según la cual debe *“abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población...”*¹⁰² (Subrayas propias).

Es obligación del Estado en su conjunto, lo que incluye al legislador avanzar en la garantía de los derechos con contenido prestacional, existiendo una prohibición correlativa de implementar medidas que introduzcan regresividad en el sistema de seguridad social, como es el caso de reducir los pagos de afiliados al régimen contributivo, en este caso de la población pensionada, en detrimento de la prestación de servicios de salud y de la cobertura de los afiliados del régimen subsidiado.

En este sentido, se debe tener en cuenta que aun cuando el Ministerio de Hacienda conceptuó frente al texto de publicación, ponencia para segundo¹⁰³, tercer y cuarto debate¹⁰⁴ que la iniciativa *“...pasa de un esquema constitucional, avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompaña con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que no prevé una fuente sustituta de recursos...”* el legislador, continuó con el trámite de la iniciativa sin establecer en ninguna de sus versiones la manera en que serán compensados los recursos que dejará de percibir el SGSSS.

En atención a lo expuesto, el proyecto de ley debe ser declarado inexecutable, toda vez que la disminución del aporte en salud de los pensionados, sin que se establezca una fuente sustitutiva de los recursos, infringe los principios constitucionales de solidaridad y progresividad que orientan el SGSSS, afectando la prestación adecuada del servicio de salud.

5. Violación de la sostenibilidad fiscal objeción de constitucionalidad y de conveniencia.

El Proyecto de Ley 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el 008 de 2015 Cámara, *“por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”*. Fue expedido en violación de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, artículos 5° y 6° de la LES y el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 (orgánica), al afectar gravemente la sostenibilidad fiscal del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En ese sentido, su expedición no solo resulta inconveniente para los ciudadanos y la sostenibilidad de la garantía de los servicios de salud que hoy se financian con los recursos públicos de la salud, sino que además es inconstitucional.

En ese sentido, los argumentos que se desarrollan en el presente capítulo alrededor del desconocimiento de la sostenibilidad fiscal **pretenden demostrar tanto la inconveniencia como la inconstitucionalidad del proyecto y la**

⁹⁹ Sentencia C-313 de 2014.

¹⁰⁰ Artículo 334 de la Constitución Política.

¹⁰¹ El artículo 334 de la Carta impone un mandato para que *“...las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica...”*, tengan como referente orientador de sus actuaciones el principio de sostenibilidad fiscal. Por su parte, la Ley 819 de 2003, *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”* establece que para efectos del análisis del impacto fiscal de las normas, deberá *“...incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo...”*.

¹⁰² Artículo 5° literal a Ley 1751 de 2015.

¹⁰³ Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 138 de 2016.

¹⁰⁴ Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 378 de 2017.

objeción que respecto de ellos se plantean reviste las dos condiciones.

Para el efecto, la exposición se realizará en dos subcapítulos. Primero se hará referencia a la importancia de la sostenibilidad fiscal, y a su violación de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, el artículo 6 de la LES, y un par de normas orgánicas y estatutarias: (i) el 7 de la Ley 819 de 2003 (orgánica), según el cual, todo proyecto de ley que tenga impacto fiscal debe establecer la “fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”, lo cual claramente no fue determinado en el proyecto de ley, sino todo lo contrario, se ignoraron los conceptos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el impacto fiscal de las medidas; y (ii) el literal i) del artículo 5° de la Ley 1751 de 2015 (LES), a partir del cual la regulación que se expida en salud debe permitir financiar de manera sostenible los beneficios a cargo del Sistema, lo cual claramente fue violentado por el legislador en la medida en que, considerando que el Sistema vigente se encuentra apenas equilibrado, establecer una presión adicional (y muy fuerte) en el gasto con la disminución de las fuentes de recursos del Sistema sin establecer una fuente de financiamiento adicional, pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema y de las coberturas alcanzadas en términos de población y de beneficios con los recursos legales vigentes. En la segunda parte se presentan las cifras sobre el impacto fiscal que tiene el proyecto de ley las cuales permiten evidenciar, con números, la inconveniencia y la inconstitucionalidad del proyecto. De acuerdo con el estudio, el impacto de la norma puede ser de **\$3.7 billones**, según el promedio anual proyectado (en el periodo 2017-2022).

5.1 La importancia de la sostenibilidad fiscal: artículo 334 de la CP y 6 de la LES. Desconocimiento de normas orgánicas (Ley 819 de 2003) y estatutarias (Ley 1751 de 2015 -LES).

5.1.1 Violación del artículo 334 de la Constitución y del artículo 6° de la LES.

La sostenibilidad fiscal hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud por dos vías: primero, por el artículo 334 de la Constitución que fue modificado en el año 2011 para elevar a rango constitucional el criterio de sostenibilidad fiscal, y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 que en su artículo 6° incluyó la “sostenibilidad” como un principio del derecho fundamental a la salud.

De conformidad con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución Política, la sostenibilidad fiscal se plantea como una herramienta que debe ser utilizada por las ramas del poder público legislativa, ejecutiva y judicial en el ejercicio de sus funciones, con el fin de cumplir con los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho: mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, distribución equitativa de oportunidades y beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano.

En ese sentido, la sostenibilidad fiscal tiene una relevancia especial, que ha sido expuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tuvo la iniciativa de presentar ante el Congreso de la República el Acto Legislativo número 03 de 2011 que dio lugar a la inclusión del criterio de sostenibilidad fiscal en el artículo 334 de la Constitución. El Ministerio dispuso lo siguiente:

*“La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad para recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en el tiempo, de manera que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos, como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad intergeneracional, y un crecimiento económico estable. En otras palabras, el Gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda de gasto que adopta en el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos del Estado en el mediano plazo.”*¹⁰⁵ (Negrillas propias).

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución y como ya se señaló, la sostenibilidad fiscal no es una responsabilidad privativa de la rama ejecutiva del poder público, sino que además debe orientar el ejercicio de las competencias de todas las Ramas y Órganos del Poder Público. Al efecto el artículo establece:

“Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

(...)

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. (...) (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En ese sentido, el criterio de sostenibilidad fiscal como instrumento orientador de las actuaciones de las ramas del poder público, impone a todos los

¹⁰⁵ ZULUAGA, Óscar Iván y otros. La Sostenibilidad Fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Notas Fiscales, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C., Colombia. Boletín número 3, enero 2011, Códigos JEL: H11, E21, I31, p. 3.

funcionarios públicos el deber de tomar conciencia sobre la importancia de que el gasto público sea sostenible en el tiempo, de tal forma que este no supere los ingresos disponibles o la capacidad de pago que tiene el Estado. Bajo este entendimiento, el criterio debe ser utilizado como una herramienta para lograr la realización de los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho, en la medida en que se reconoce que hay una relación importante entre las garantías constitucionales y la (limitada) disponibilidad de recursos públicos en el tiempo para su cumplimiento. Así las cosas, **la sostenibilidad fiscal también debe ser una preocupación que atañe al Congreso de la República, y no puede ser obviada en el ejercicio de sus funciones constitucionales.**

Por su parte, la LES dispuso en el artículo 6° lo siguiente sobre la sostenibilidad:

“ARTÍCULO 6°. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: (...)

i) **Sostenibilidad.** El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; (...).”

En consideración a lo anterior, el legislador estatutario estableció que para asegurar progresivamente el goce del derecho fundamental a la salud debía considerarse el criterio constitucional de sostenibilidad fiscal al que ya se hizo referencia, con el objetivo de que los avances en materia de salud puedan materializarse en una verdadera garantía del derecho y no en conceptos vacíos de imposible cumplimiento.

Vale señalar que en materia de salud, el criterio de sostenibilidad fiscal tiene especial relevancia debido a que los recursos que financian el Sistema son limitados, y si bien es deseable contar con normas con objetivos altruistas, lo cierto es que, estas disposiciones pueden terminar afectando la sostenibilidad del Sistema y poner en riesgo la prestación de los beneficios en salud que ya se encuentran financiados.

En el caso del proyecto de Ley 170 de 2016 Senado, 62 de 2015 Cámara, acumulado al 008 de 2015 Cámara “por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”, no se encuentra una justificación para **eliminar fuentes de recursos de la salud**, en abierta oposición a la **sostenibilidad** establecida en la Constitución y la Ley Estatutaria de Salud.

5.1.2 El proyecto de ley desconoce disposiciones orgánicas (Ley 819 de 2003) y estatutarias (Ley 1751 de 2015 -LES) que hacen parte del bloque de constitucionalidad

La violación de la sostenibilidad fiscal también puede ser corroborada por el desconocimiento de disposiciones orgánicas y estatutarias sobre la materia. Al respecto, es necesario recordar que la Corte Constitucional ha reconocido que las leyes orgánicas y estatutarias hacen parte del bloque constitucional y, en ese sentido, tienen jerarquía superior porque sirven de parámetro de constitucionalidad para la expedición de otras leyes. Adicionalmente una ley estatutaria se presenta como un desarrollo directo de la Constitución, por lo cual no habría lugar a que una ley ordinaria modifique o desconozca disposiciones de rango superior. En este sentido se pronunció la honorable Corte Constitucional al indicar en Sentencia C-238 de 2010 lo siguiente:

“En uniforme jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la revisión de constitucionalidad de asuntos sometidos a su competencia, no solo se realiza frente al texto formal de la Constitución Política y aquellas disposiciones que tengan rango constitucional según lo haya señalado la propia Constitución (bloque de constitucionalidad stricto sensu) sino que dicha revisión también es posible con base en normas que son parámetros válidos para analizar la constitucionalidad de disposiciones sometidas a su control. (Bloque de constitucionalidad lato sensu).

En este orden de ideas, y acorde con la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad –sentido lato– los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias en algunas ocasiones. Así las cosas, los contenidos normativos referidos son parámetros de validez constitucional para confrontar normas de inferior jerarquía, y en consecuencia ante contradicción evidente entre estas y aquellas, la Corte debe optar por retirarlas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su interpretación debe realizarse acorde y sistemáticamente con toda la Constitución con el propósito de que se realice una integración normativa constitucional que permita resguardar la integridad de la Carta”.

En este caso, el proyecto de ley objetado contraría de manera directa el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 (orgánica) y artículo 5° de la Ley 1751 de 2015 (estatutaria) como se explica a continuación.

De acuerdo con lo establecido en el **artículo 7° de la Ley 819 de 2003** (norma orgánica), los proyectos de ley que generen gastos deben incluir un análisis de impacto fiscal y la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de dicho costo:

“ARTÍCULO 7°. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. *En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de*

motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces". (Subrayado fuera de texto original).

En el trámite del Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 62 de 2015 Cámara, acumulado al 008 de 2015 Cámara, no se atendió esta premisa, en tanto el Congreso durante el trámite del proyecto de ley, pese a que se explicitó por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el impacto para las finanzas del SGSSS mediante cartas de comentarios publicadas en las Gacetas 138 de 2016 y 378 de 2017, se limitó a reconocer la existencia de un impacto fiscal sin que hubiera previsto en el texto de la ley las fuentes adicionales que garantizarán el financiamiento del gasto que dicha ley decreta.

Con lo anterior, se incumplió el deber que tiene el legislador de garantizar la financiación sostenible de los servicios, tal como lo dispone el artículo 334 constitucional y el artículo 6° de la LES.

Aunado a lo anterior, se encuentra que el legislador desconoció el **literal i) del artículo**

5° de la Ley 1751 de 2015 (LES) que impone al Estado la obligación de adoptar las regulaciones y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud, sin excluir de dicha obligación a ninguna de las ramas del poder público. El artículo ordena al respecto:

“ARTÍCULO 5°. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

(...)

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; (...).” (Subrayas fuera del texto original).

Frente a lo anterior se encuentra que el proyecto de ley compromete la financiación sostenible del Sistema de Salud en tanto, genera un impacto fiscal promedio anual (en el periodo 2017 - 2022) de **\$3.7** billones.

Al respecto, se aclara que el texto propone su entrada en vigencia desde el 1° de enero de 2017 reduciendo a los pensionados su cotización en salud a 4% de la respectiva mesada pensional, por lo cual se proyecta que solo en 2017 el sistema de salud, incluido el que rige a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG¹⁰⁶, dejaría de recibir **\$3.1** billones de pesos. El siguiente cuadro presenta el costo anual del proyecto para los próximos 5 años (se aclara que en un horizonte de tiempo más amplio, el monto es superior):

¹⁰⁶ Se aclara que el Impacto fiscal incluye a los pensionados de Fomag en atención a que el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece “El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”.

Año	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Coste Anual (Millones de pesos corrientes)	\$3.115.644	\$3.337.447	\$3.552.224	\$3.782.744	\$4.030.843	\$4.403.521

Fuente: Cálculos MHCP

Se estima que el costo del proyecto durante un horizonte de 20 años (2017 - 2037) tendría un valor presente neto de **\$100** billones de pesos a precios de 2017.

Para el año 2017, dado que la ley prevé que tendrá efectos a partir del 1° de enero del presente año, se generaría un desequilibrio en el financiamiento del Sistema de Salud en el país, incluido FOMAG. Para el presente año, se estima que el total de cotizaciones aportan al año alrededor de **\$19** billones, las cuales provienen del pago realizado por 12.8 millones de cotizantes colombianos. De este monto, alrededor de **\$4.6** billones de pesos corresponden

a la cotización realizada por aproximadamente 2 millones de pensionados cotizantes (15.6% de los cotizantes) quienes aportan a la fecha el 12% del Ingreso Base de Cotización (IBC). La disminución de la cotización a 4% del IBC, haría que el recaudo por cotizaciones de mesadas pensionales se reduzca en **\$3.1** billones para el año 2017, afectando el financiamiento de la prestación del servicio de salud en el país y poniendo en riesgo la continuidad en el aseguramiento en salud de aproximadamente 4.4 millones de afiliados.

Además, el que se establezca que la ley será efectiva a partir del 1° de enero de 2017, plantea

gravísimos problemas de financiamiento para la presente vigencia fiscal, porque los recursos ya recaudados en el primer semestre, cerca de \$1.6 billones, se utilizaron por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), para atender el pago de los servicios de salud de sus afiliados, entre ellos los pensionados. Lo anterior, significaría la necesidad de obtener recursos adicionales para financiar el eventual reintegro de recursos por el primer semestre y por supuesto para compensar los recursos para el segundo semestre, recursos que precisamente el proyecto de ley no prevé.

Tal impacto **pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema y las coberturas alcanzadas en términos de población y de beneficios con los recursos legales vigentes**, puesto que el proyecto de ley no incluye una fuente de financiamiento adicional para el Sistema lo cual (i) **genera desequilibrios financieros al Sistema de Salud con efectos fiscales** dada la participación de la Nación en la cofinanciación de los regímenes Contributivo y Subsidiado; (ii) **limita el acceso de la población afiliada a los demás servicios** y tratamientos en salud que el Sistema suministra y; (iii) **compromete la progresividad del gasto público social que la Constitución Política ordena**, teniendo en cuenta que los sistemas de salud enfrentan dinámicas de gasto derivadas del crecimiento y envejecimiento de la población y de la innovación tecnológica, principalmente.

Visto lo anterior, la Inconstitucionalidad e inconveniencia del proyecto de ley se materializa en el hecho de que el legislador desatendió la corresponsabilidad que le imponen normas de carácter orgánico y estatutario para garantizar fuentes **alternativas de financiación** de los costos incorporados y la **sostenibilidad** del Sistema de Salud.

6. Petición subsidiaria. Artículo 1°. Violación al principio de irretroactividad de la ley artículo 363 de la Constitución Política.

El inciso segundo del artículo 1° del proyecto establece:

“... La cual se hará efectiva a partir del 1° de enero de 2017...”

Esta disposición implica un tratamiento retroactivo en la liquidación y pago de los aportes a salud de los pensionados, en la medida que establece que la reducción en el porcentaje correspondiente a la contribución en salud del 4% es efectiva a partir del 1° de enero de 2017, sin atender a que a la fecha se han liquidado y pagado los aportes en salud de los pensionados con el 12%, y que respecto de los pagos de aportes en salud correspondientes a lo corrido de la vigencia 2017 existe una situación jurídica consolidada.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido de manera general que *“...el principio de irretroactividad de la Ley tiene plena aplicación en*

*el ordenamiento jurídico colombiano...”*¹⁰⁷. Ahora bien, como se explicó en el apartado número 2, el proyecto de ley del asunto versa sobre una materia tributaria, pues los aportes al sistema de salud son parafiscales. Por lo mismo, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 363 de la Constitución Política, que establece expresamente que *“Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”*.

No obstante, la jurisprudencia Constitucional ha reconocido que el principio de irretroactividad de la ley tributaria no es absoluto, admitiendo que cuando el legislador establece beneficios tributarios estos pueden sí pueden aplicar para el mismo periodo. Sin embargo, la Alta Corporación *“ha modulado la excepción citada, en el sentido de que la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a leyes tributarias está atada a la presencia de situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto se indicó que el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez, está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley”*¹⁰⁸.

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009 consideró contrario a la constitución la aplicación con efectos retroactivos de una norma que reduce el valor de la tarifa de cotización al Régimen de Seguridad Social en Salud de los pensionados, por cuanto, se encuentra la existencia de una situación jurídica consolidada.

Al respecto se destaca, que los aportes a seguridad social se definen en la sentencia en cita como un tributo de causación inmediata, respecto de los cuales existe una imposibilidad material, para dar aplicación retroactiva a un beneficio tributario, en la medida que se ha configurado una situación consolidada *“...en la medida que en este caso el gravamen se causa, paga y aplica de manera instantánea, es decir, el supuesto que origina el tributo -en este caso pago de la mesada pensional-, al realizarse genera de manera automática un crédito a favor del beneficiario del gravamen el cual desde el punto de vista fiscal lo hace titular de una situación jurídica consolidada al amparo de una norma impositiva revestida de legalidad...”*¹⁰⁹.

En este sentido, resulta especialmente relevante tener en cuenta que *“...la razón de ser del tributo es que el ciudadano contribuya con las cargas públicas dentro de criterios de justicia y equidad...”*¹¹⁰. Por tanto, la evaluación de los efectos de estas medidas, debe consultar no solo a los contribuyentes, sino a los beneficiarios del mismo, puesto que *“...en este caso concreto tan importantes son los derechos de los pensionados como de los beneficiarios del sistema de salud a favor de quienes se causó mes a mes un aporte...”*¹¹¹

¹⁰⁷ Sentencia C-402 de 1998.

¹⁰⁸ Sentencia C-785 de 2012.

¹⁰⁹ Sentencia C-430 de 2009.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

Los aportes a seguridad social en salud, son recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales son recaudados por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), quienes previo descuento del monto reconocido por cada afiliado con el cual garantiza la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios (“Unidad de Pago por Capitación” (UPC)), realizan el giro al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)¹¹², de la diferencia resultante de los ingresos por concepto de cotizaciones menos el valor de las UPC correspondientes, recursos con los cuales se financia la subcuenta de compensación del Fosyga y que están destinados a financiar a las entidades en las cuales el valor de la UPC sea superior al de los ingresos por concepto de cotizaciones¹¹³. Por su parte, los aportes a la seguridad social en salud que realizan los pensionados docentes son recaudados por el FOMAG para atender el pago de las Unidades de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM) a las entidades prestadoras de servicios de salud contratadas por dicho Fondo para la atención asistencial de los docentes activos, pensionados y sus grupos familiares.

Del mismo modo, el régimen subsidiado de salud, recibe recursos provenientes de las cotizaciones en salud de los afiliados al régimen contributivo de salud, toda vez que de los aportes a seguridad social hasta uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización se destina a la financiación de la subcuenta de solidaridad de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1438 de 2011, según lo defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

Del mismo modo, el régimen subsidiado de salud, recibe recursos provenientes de las cotizaciones en salud de los afiliados al régimen contributivo de salud, toda vez que de los aportes a seguridad social un punto se destina a la financiación de la subcuenta de solidaridad de conformidad con lo previsto en el literal a del artículo 221 de la Ley 100.

En atención al manejo de los recursos en el Sistema, consideró la Corte Constitucional en anterior oportunidad que los aportes pagados bajo una determinada legislación, fueron aplicados “...

¹¹² Actualmente al Fosyga y posteriormente a la Entidad Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹¹³ Ver artículos 177, 205 y 220 de la Ley 100 de 1993.

mes a mes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir, fue usado para financiar la “Unidad de Pago por Capitación (UPC)” y parte de la “Unidad de Pago por Capitación UPS-S” de un número determinable de beneficiarios del Sistema en aplicación del principio de solidaridad previsto en el artículo 48 Superior, lo cual revela la existencia de una incuestionable situación jurídica consolidada en los términos del artículo 58 Constitucional, cuya preservación es el fin último del artículo 363 de la Constitución Política...” (Subrayas fuera de texto).

Las anteriores consideraciones, resultan completamente ajustadas al presente proyecto de ley, por lo tanto, de manera subsidiaria, en ante la eventualidad que la honorable Corte Constitucional considere exequible la iniciativa objeto de la presente objeción, se deberá declarar la inexequibilidad de la expresión “... La cual se hará efectiva a partir del 1º de enero de 2017...”.

Reiteramos a los honorables Congresistas nuestros sentimientos de consideración y respeto.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público (E),

Andrés Escobar Arango.

El Ministró de Salud y Protección Social,

Alejandro Gaviria Uribe.

La Ministra de Trabajo (E),

Luz Mary Coronado Marín.

CONTENIDO

Gaceta número 576 - viernes 21 de julio de 2017

CÁMARA DE REPRESENTANTES

Págs.

TEXTOS DE PLENARIA

Texto definitivo plenaria cámara al proyecto de ley número 073 de 2016 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la destinación de la maquinaria pesada incautada en actividades ilícitas, se crea el Fondo Nacional de Maquinaria Pesada y se dictan otras disposiciones..... 1

OBJECIONES PRESIDENCIALES

Objeciones presidenciales al proyecto de ley número 049 de 2015 Cámara, número 206 de 2016 Senado..... 2

Objeción presidencial al proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 62 de 2015 Cámara, acumulado al 008 de 2015 Cámara 13