



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° 1079

Bogotá, D. C., martes, 21 de noviembre de 2017

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
	SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES

**INFORME DE OBJECIONES
PRESIDENCIALES AL PROYECTO LEY
NÚMERO 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.*

Bogotá, D. C.,

Doctores

EFRAÍN CEPEDA SARABIA

Presidente

Senado de la República

RODRIGO LARA RESTREPO

Presidente

Cámara de Representantes

Ciudad

**Asunto: Informe de objeciones presidenciales
al Proyecto de ley número 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.**

Dando cumplimiento a la designación hecha por las Mesas Directivas del Senado de la República y la Cámara de Representantes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución Nacional y 199 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta nos permitimos rendir el presente informe de objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

**I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE
LEGISLATIVO EN SENADO DE
LA REPÚBLICA Y CÁMARA DE
REPRESENTANTES**

Los proyectos de ley objeto de estudio son de iniciativa congresual. El Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara fue presentado por los honorables Congresistas Óscar Ospina Quintero, Ángela María Robledo, Alirio Uribe Muñoz, Víctor Correa Vélez, Inti Raúl Asprilla, Víctor Correa Vélez, Iván Cepeda Castro, Sandra Liliana Ortiz, Angélica Lozano, Ana Cristina Paz, Jorge Enrique Robledo, Segundo Senén Niño, Alexander López Maya, Claudia López, Jesús Alberto Castilla, Antonio Navarro Wolff, Carlos Guevara, Jorge Iván Ospina y Alejandro Chacón, el 21 de julio de 2015 y publicado en la *Gaceta del Congreso* número 508 de 2015 con fecha 23 de julio de 2015.

En continuidad del trámite legislativo, el Proyecto de ley número 008 de 2015 fue remitido a la Comisión Séptima Constitucional Permanente y fueron designados como Ponentes para Primer Debate los honorables Representantes Wilson Córdoba Mena, Cristóbal Rodríguez (Coordinador Ponente), Óscar Ospina Quintero y Rafael Romero Piñeros.

Igualmente, el Proyecto de ley número 062 de 2015 fue presentado al Congreso de la República, a iniciativa del honorable Representante Alejandro Carlos Chacón Camargo y la honorable Representante Olga Lucía Velásquez Nieto, el 5 de agosto de 2015, y, en cumplimiento del trámite legislativo y del principio de publicidad, el proyecto original fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 579 de 2015.

Mediante Oficio número CSpCP.3.7-196-2015 del 12 de agosto de 2015, fueron designados como ponentes del Proyecto de ley número 062, los honorables Representantes Didier Burgos Ramírez (Coordinador Ponente), Óscar Ospina Quintero y Mauricio Salazar Peláez.

Posteriormente, y en vista de que el contenido de las dos iniciativas legislativas era similar, la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes expidió la Resolución número 01 de 2015 en la cual RESUELVE aprobar la acumulación de ambos proyectos.

Asimismo, la ponencia para primer debate en Cámara se publicó en la *Gaceta del Congreso* número 721 de 2015, la cual fue aprobada en Comisión Séptima en sesión del 10 de noviembre de 2015. Posteriormente los honorables Representantes rindieron ponencia para segundo debate, la cual fue publicada en la *Gaceta del Congreso* número 1072 de 2015 y aprobada por la Honorable Plenaria de la Cámara de Representantes el 25 de abril de 2016.

Posteriormente dicho proyecto fue remitido al Senado de la República y por competencia enviado a la Comisión Séptima del Senado, para lo cual la Mesa Directiva designó como ponentes a los honorables Senadores Eduardo Enrique Pulgar Daza, Antonio José Correa Jiménez como coordinadores y a Édinson Delgado Ruiz, Honorio Miguel Henríquez Pinedo y Javier Mauricio Delgado Martínez. El texto definitivo aprobado en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes, se encuentra publicado en la *Gaceta del Congreso* número 206 de 2016.

En el trámite legislativo en el Senado de la República, se presentó una ponencia con modificación al articulado, en el sentido de disminuir el porcentaje de cotización de los pensionados del 12% al 4%, pero solo de aquellos que devengarán como mesada pensional hasta 4 smlmv. Dicha ponencia fue publicada en la *Gaceta del Congreso* número 1106 de 2016 y aprobada por unanimidad en el recinto de la comisión el 13 de diciembre de 2016.

Luego en varios intentos de mediación con el Gobierno nacional, los ponentes decidieron presentar el informe para segundo debate del proyecto de ley en los mismos términos que se aprobó en la comisión. Dicho informe fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 267 de 2017 y aprobado por unanimidad en la sesión plenaria del miércoles 24 de mayo del presente año.

Ahora bien, dada la diferencia en los textos aprobados por ambas Cámaras frente al presente proyecto de ley, las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes designaron como conciliadores a los Senadores Édinson Delgado Ruiz, Honorio Miguel Henríquez Pinedo, Eduardo Pulgar Daza, Jesús Alberto

Castilla, Antonio José Correa y a los Representantes Óscar de Jesús Hurtado, Didier Burgos Ramírez, Óscar Ospina Quintero, Alejandro Carlos Chacón y Víctor Javier Correa.

Dicha comisión se reunió el martes 6 de junio en las instalaciones de la Comisión Séptima del Senado de la República y luego de una amplia deliberación y no encontrar consenso entre sus integrantes para unificar el texto y presentar la conciliación, se procedió a votar tal como lo indica el artículo 161 de la Constitución Política, con el fin de adoptar el informe por mayorías. La votación tuvo el siguiente resultado:

Para aprobar y presentar el informe de conciliación según el texto aprobado por la Plenaria del Senado un total de 3 votos por parte del Senador Édinson Delgado y los Representantes Óscar de Jesús Hurtado y Didier Burgos.

Para aprobar el informe de conciliación y presentar el texto según el proyecto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes un total de 4 votos por parte de los Senadores Jesús Alberto Castilla, Antonio José Correa y los Representantes Óscar Ospina Quintero y Víctor Javier Correa.

Luego de esta votación se decidió acoger por mayorías, tal como lo autoriza el artículo 161 de la Constitución Política, el texto aprobado por la Cámara de Representantes y presentarlo a consideración de las Plenarios del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. Dicho informe fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 436 de 2017.

Una vez presentado dicho informe la Plenaria del Senado de la República lo sometió a consideración el día 7 de junio, no obstante después de votado y aprobado el informe de conciliación en Senado y por petición de los honorables Senadores Antonio Navarro Wolff y Claudia López argumentada en los cambios introducidos al texto que había aprobado el Senado en cuarto debate, se propuso la reapertura de la discusión y el día 13 de junio se conformó una subcomisión de estudio, con el fin de determinar si era o no procedente la reapertura del debate.

Por su parte la Cámara de Representantes anunció el informe el miércoles 7 de junio de 2017 y lo votó el martes 13 de junio, no obstante y por petición del Representante Óscar Hurtado, se reabrió la votación el mismo día y la Mesa Directiva decidió conformar una nueva comisión de conciliación integrada por los Representantes Ángela María Robledo, Víctor Javier Correa, Didier Burgos, Óscar hurtado y Ciro Ramírez.

El 14 de junio la Plenaria de la Cámara de Representantes decidió reafirmar la votación realizada el día 13 de junio y así aprobar el informe de conciliación presentado.

El día 20 de junio de 2017, en la Plenaria del Senado y luego de votar los impedimentos

presentados, se decidió votar favorablemente el informe de la subcomisión conformada por la Presidencia del Senado y en consecuencia no se procede a la reapertura del debate y queda en firme la votación del informe de conciliación realizada el día 7 de junio.

Culminado su trámite legislativo, es remitido el proyecto de ley a la Presidencia de la República el día 11 de julio de 2017, para su respectiva sanción presidencial, etapa que no se surtió favorablemente, ya que el señor Presidente objetó el mismo por razones de inconveniencia e inconstitucionalidad, ordenando su devolución al Congreso de la República el día 18 de julio de 2017.

Acatando las disposiciones establecidas para el trámite de las objeciones Presidenciales, se nombró por parte de los Presidentes de Senado y Cámara de Representantes, una Comisión Accidental para el estudio de las mismas, quedando conformada por los Honorables Senadores Édinson Delgado Ruiz, Antonio José Correa Jiménez y Alexánder López Maya y por los Honorables Representantes Alfredo Ape Cuello Baute y Carlos Abraham Jiménez López.

De conformidad con lo señalado en el artículo 199 de la Ley 5ª de 1992 las objeciones pueden obedecer a razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. En esta oportunidad las objeciones presentadas por el Gobierno nacional obedecen a ambas razones y se fundan en las siguientes consideraciones, sobre las cuales nos pronunciaremos en el mismo orden así:

II. PRIMERA OBJECCIÓN

La primera objeción presentada por el Gobierno nacional corresponde a “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).

El Gobierno nacional argumenta, en su escrito de objeciones, que el hecho de no abrir el debate para discutir el informe de conciliación y pasar directamente a votación presumiendo la unanimidad de criterio de los senadores implicó que la votación fuera ordinaria y no nominal; tal situación solo es permitida, en criterio de la Corte Constitucional, cuando “el articulado ya había sido considerado a profundidad en los anteriores debates y que los congresistas compartían las propuestas contenidas en el informe”. Sin embargo, el Gobierno señala que este no es el caso, considerando las intervenciones de Claudia López, Navarro Wolff y los demás senadores que posteriormente se opusieron, es decir, que los Senadores estaban completamente desinformados.

En cuanto al tipo de discusión que debe adelantarse respecto de los informes de conciliación, la Ley 5 de 1992 señala lo siguiente:

Artículo 186. Comisiones Accidentales. Para efecto de lo previsto en el artículo 161 constitucional, corresponderá a los Presidentes de las Cámaras integrar las Comisiones Accidentales que sean necesarias, con el fin de superar las discrepancias que surgieren respecto del articulado de un proyecto.

Las comisiones prepararán el texto que será sometido a consideración de las Cámaras en el término que les fijen sus Presidentes.

Serán consideradas como discrepancias las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas.

Artículo 187. Composición. Modificado por el artículo 17, Ley 974 de 2005. Estas comisiones estarán integradas preferencialmente por miembros de las respectivas Comisiones Permanentes que participaron en la discusión de los proyectos, así como por sus autores y ponentes y quienes hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las Plenarias.

Artículo 188. Informes y plazos. Las Comisiones Accidentales de mediación presentarán los respectivos informes a las Plenarias de las Cámaras en el plazo señalado. En ellos se expresarán las razones acerca del proyecto controvertido para adoptarse, por las corporaciones, la decisión final.

Artículo 189. Diferencias con las Comisiones. Si repetido el segundo debate en las Cámaras persistieren las diferencias sobre un proyecto de ley, se considerará negado en los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley.

Por su parte, el artículo 161 de la Constitución señala:

Artículo 161. Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría.

Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto.

Tomando en cuenta lo anterior, es claro que no existe vicio de trámite, por cuanto la Ley 5ª no indica la necesidad de someter a debate este tipo de informes, en la medida en que se presume que los Senadores conocen el texto de conciliación.

Adicionalmente, es necesario considerar que se trata de un proyecto de ley que contiene 2 artículos, uno de ellos referido a su vigencia. Por lo tanto el sentido del informe de conciliación era fácilmente comprensible para la Plenaria.

Asimismo, el informe de conciliación fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 436 de 2017 el día 6 de junio de 2017, cumpliendo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política pues fue publicado con un día de antelación a la realización del debate el día 7 de junio, por lo tanto, no es posible afirmar que los Senadores estuvieran desinformados.

Solamente dos senadores, Navarro Wolff y Claudia López solicitaron, una vez cerrado el debate, que este se reabriera pues en su opinión no se tenía claridad sobre el contenido del informe de conciliación, el cual fue claramente expuesto por Édinson Delgado. La postura de dos senadores no puede considerarse como una muestra de falta de información para el general de la Plenaria del Senado.

Tomando en cuenta que la votación del día 7 de junio no tuvo vicios de trámite, por cuanto el informe de conciliación fue publicado dentro del término establecido por la Constitución y por tanto debió ser conocido por los senadores, la subcomisión presentó la siguiente conclusión:

“Por lo anterior y en cumplimiento de la tarea encomendada por el señor Presidente de estudiar la posibilidad de considerar nuevamente por el Senado el informe de conciliación aprobado por esta corporación el día 7 de junio de 2017 y por la Plenaria de la Honorable Cámara de Representantes el 13 de junio de 2017 y una vez revisadas las normas constitucionales, el reglamento del Congreso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional arriba reseñada, hemos concluido que solo se podría considerar nuevamente esta conciliación únicamente en el caso de que sea para corrección formal de vicios como lo ha hecho la corporación en oportunidades anteriores y aceptada 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 el cual acogió en su integridad el texto aprobado por la Cámara de Representantes, cumpliendo todos los requisitos legales y constitucionales, por lo tanto consideramos que someter nuevamente esta conciliación a votación causaría vicios de inconstitucionalidad ya que sería reiniciar un proceso concluido.

Por lo anterior se recomienda NO CONSIDERAR nuevamente la conciliación”.

Dicha postura fue acogida por unanimidad por la plenaria, con lo cual quedó avalada la votación del día 7 de junio de 2017 y por lo tanto aprobado el proyecto en el Senado.

III. SEGUNDA OBJECCIÓN

La segunda objeción planteada por el Gobierno nacional corresponde a: “Creación de un beneficio tributario sin aval del Gobierno nacional, violación del artículo 154 de la Constitución Política”.

Señala el Gobierno que los aportes en salud son una contribución parafiscal y por lo tanto son una “clase de tributo” según la Corte Constitucional, por lo tanto la iniciativa legislativa que se relaciona con este tema es exclusiva del ejecutivo y fue expedida sin aval del Gobierno nacional.

La jurisprudencia citada para argumentar que se trata de un tributo es la siguiente:

“... 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...” (Subrayas por fuera de texto original)

Asimismo, indica que el 5 de octubre de 2015 el Gobierno se opuso a la iniciativa a través del Ministerio de Trabajo, posición reiterada por la Ministra de Trabajo en sesión de la Comisión Séptima del Senado el 6 de septiembre de 2016. También se opuso el Ministro de Salud y Protección Social y el Ministro de Hacienda. El argumento general es que los recursos que se dejarían de percibir tendrían que ser cubiertos por el Gobierno nacional y esto no se encuentra en el Presupuesto General de la Nación. Señala además el Gobierno que el único competente para expresar el aval era el Ministerio de Hacienda.

Frente a dicha objeción nos permitimos aportar los siguientes argumentos:

- a) El presente proyecto de ley no requiere iniciativa exclusiva del Gobierno por cuanto no se trata de una exención.

Frente al Punto número 2 de la objeción del Gobierno en el sentido de afirmar que se trató de una exención en violación de la iniciativa legislativa exclusiva del artículo 154 constitucional, debe manifestarse enfáticamente, que la reducción de la tarifa en la cotización de los pensionados para el sistema de salud del 12% al 4% no supone en sí misma una exención tributaria sino una reducción de la tarifa situación que supone la NO necesidad de una iniciativa gubernamental exclusiva como erróneamente afirma la objeción cuando sostiene: “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”.

La Corte Constitucional en precedente sobre la materia aplicable a las objeciones bajo análisis se pronunció en la Decisión C-838 de 2008 sobre la constitucionalidad de las objeciones del Gobierno nacional frente al proyecto de ley que establecía

una exención del 0.5% a los pensionados con baja mesada, contribución que había sido incluida en ley anterior, y que el Congreso extendió a todos los pensionados.

En particular frente al contenido de la expresión “exención” la Corte afirmó: “La Corte ha explicado que las exenciones tributarias son medidas legislativas que tienen por efecto exceptuar a ciertos sujetos pasivos de la obligación de pagar un tributo existente o creado por legislador, respecto del cual el hecho gravado está claramente delimitado en la ley”. En ese caso, es claro que no se trata de una exención de la contribución sino de una reducción en la tarifa en cabeza de los pensionados a la cual siguen estando obligados en contribuir.

Concretamente, si se analiza el texto del proyecto de ley objetado puede deducirse con facilidad que no se trata de una exención en la medida que la tarifa no se elimina sino que se reduce de un 12% a un 4%, así: “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”.

Por lo anterior, el proyecto de ley objetado no corresponde a aquellos que requieren iniciativa legislativa del Gobierno y por lo tanto no adolece motivo de inconstitucionalidad. Incluso, como se explicará en el siguiente acápite, en el remoto caso que se considere que el proyecto de ley requiere iniciativa gubernamental esta se encuentra debidamente sustentada ya que el Gobierno manifestó su “aval” dentro del procedimiento legislativo por la cartera competente –Ministerio de Trabajo– y directamente el Presidente de la República ante la opinión pública.

- b) Existió “Aval” del Gobierno en caso que se considere que el proyecto requiere iniciativa exclusiva del Gobierno nacional. Las discrepancias sobre el “Aval” se resuelven por competencia funcional.

En cuanto a la iniciativa legislativa del Gobierno es importante tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 154, inciso 2° constitucional establece que solo serán iniciativa de Gobierno proyectos de ley relacionados, entre otros, como aquellos destinados a “Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos la administración” artículo 150 numeral 11; (...) las que ordenen participación en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales y Comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”. (Negrillas nuestras).

En ese orden de ideas es importante establecer si la cotización mensual para el régimen contributivo de salud de los pensionados corresponde o no a uno de los siguientes conceptos: (i) rentas

nacionales (ii) aporte o suscripción del Estado (iii) decreto exenciones de impuestos contribuciones o tasas nacionales; es proyecto de ley que debe adelantarse por iniciativa del Gobierno.

Los aportes a la seguridad social son una contribución parafiscal (C-430 de 2009). Por lo tanto, en caso de que se llegue a estimar que en el presente caso la reducción de la tarifa del 12% al 4% supone una exención, a continuación se expresarán los argumentos mediante los cuales se demuestra que pese a la necesidad de “iniciativa privativa” fue un proyecto avalado por el Gobierno y por lo tanto no adolece de un vicio de constitucionalidad por este motivo.

Ahora bien, luego de establecer si un proyecto de ley requiere o no iniciativa gubernamental es importante entender qué se entiende por esa iniciativa, si es necesaria la existencia formal y escrita de la iniciativa por el Gobierno, o si se puede construir dicha iniciativa sobre el trámite parlamentario. Sobre este particular la Corte Constitucional ha entendido que el aval del Gobierno equivale a la iniciativa siempre y cuando cuente con los siguientes requisitos:

- (i) Consentimiento probado del Gobierno dentro del trámite legislativo.
- (ii) No es necesaria la formalidad en el aval bien sea por escrito o mediante alguna otra fórmula.
- (iii) El aval se debe presentar antes de la aprobación en Plenarias.

En palabras de la Corte en Sentencia C-866 de 2014 afirmó:

“El aval equivale a la presentación de una iniciativa gubernamental en los términos del artículo 154 inciso 2° Superior, si reúne los siguientes requisitos, señalados por la jurisprudencia constitucional: (i) el consentimiento debe probarse dentro del trámite legislativo; (ii) no es necesario que se presente por escrito o mediante fórmulas sacramentales, y el apoyo del Gobierno a la norma durante el debate parlamentario, sin que conste su oposición, permite inferir el aval ejecutivo; (iii) se tiene que manifestar antes de la aprobación del proyecto de ley en las Plenarias. Para que el aval –así entendido– satisfaga la exigencia del artículo 154 inciso 2° de la Carta, es necesario además que lo extienda el ‘Gobierno’. El ‘Gobierno’, según el artículo 115 de la Constitución, lo constituyen en principio “el Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular”. Por ende, cuando la Constitución le asigna una atribución al “Gobierno”, como por ejemplo cuando le da a este la facultad de objetar los proyectos de ley por inconstitucionalidad o inconveniencia (C. P. artículo 200 núm. 1), debe entenderse que por principio ha de ser ejercida por el Presidente de la República y el ministro del ramo correspondiente, según el asunto de que se trate”. (Negrillas fuera de texto).

De conformidad con el criterio expresado por la Corte Constitucional es importante tener en cuenta que Gobierno para los efectos de esta iniciativa debe ser ejercida por el Presidente de la República y el ministro del ramo correspondiente. Desde esta perspectiva el Ministerio de Trabajo es el ministro quien para este tema constituye Gobierno y por lo tanto tiene la posibilidad de presentar o no el aval del proyecto en cuestión. Lo anterior, se sustenta del Decreto número 1833 de 2016 Decreto Único de Pensiones Libro 1 Estructura del Sector Trabajo en cuanto al sistema general de pensiones, Parte 1 Sector Central, Título 1 Cabeza del Sector. El artículo 1.1.1.1

“El Ministerio del Trabajo. El Ministerio de Trabajo es la cabeza del sector trabajo. Son objetivos del Ministerio del Trabajo la formulación y adopción de políticas planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente, a través un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control; así como el entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones sociales.

El Ministerio de Trabajo fomentará políticas y estrategias para la generación de empleo estable, la formalización laboral, la protección a los desamparados, la formación de los trabajadores, la movilidad laboral, las pensiones y otras prestaciones” (negritas nuestras).

Decreto-ley 4108 de 2011 artículo 2° establece: “Funciones del Ministerio de Trabajo” establece entre otras:

1. Formular, dirigir, coordinar y evaluar la política social en materia de trabajo y empleo, pensiones y otras prestaciones.

(...)

19. Formular y evaluar las políticas generales, planes, programas y proyectos en materia de pensiones y otras prestaciones, y dirigir y coordinar con el Sistema General de Pensiones y determinar las normas para su funcionamiento.

Al respecto, conviene tener en cuenta que el aludido Ministerio de Trabajo se pronunció de manera favorable a la aprobación de la reducción del cobro hecho a los pensionados sugiriendo algunas modificaciones, con el propósito de hacer compatible dicha reducción con el principio de sostenibilidad fiscal. En concreto, en el Concepto Jurídico número 2000000-190570, radicado el 5 de octubre de 2015, el Ministerio señaló lo siguiente:

“Este Ministerio considera que el objetivo principal del proyecto de ley es loable y que está conforme a los principios de un Estado Social de Derecho. Sin embargo, como estamos frente a un tema que genera impacto fiscal a los recursos del

Estado, que son limitados y que por lo tanto su aprobación depende de que la aplicación de la norma esté financiada, deben tenerse en cuenta algunos aspectos para poder abordar la discusión y debate del cambio legislativo que se propone.

Es evidente que los recursos de una persona que se pensiona disminuyen de una manera importante a partir del momento en que empieza a devengar su pensión, sumado al hecho de que la capacidad laboral disminuye por efecto de que a su edad no le es posible conseguir fuentes alternativas de ingreso para tratar de equiparar lo que devengaba al momento del retiro de la fuerza laboral. Lo anterior implica que cualquier descuento sobre la mesada pensional genera un impacto social y económico muy fuerte frente al cual el Estado debe tratar de aliviar las cargas para lograr que en la práctica se aplique el principio constitucional de igualdad.

Para este Ministerio es claro que el impacto de los descuentos es muy fuerte frente a las personas que devengan mesadas pensionales de 1 y 2 smmlv, como observa en el siguiente cuadro, en el que se muestra el número de pensionados de los Regímenes de Prima Media con Prestación Definida, de Ahorro Individual con Solidaridad, del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional y de las entidades territoriales, el mayor número de pensionados devenga un salario mínimo legal de mesada pensional y si a ello sumamos los que devengan hasta 2 salarios mínimos, nos genera un impacto del 68% de la población pensionada que es a la que más afecta el descuento de la cotización de salud del 12%”.

Según se puede ver, el comentario en cuestión – radicado ante la Comisión Séptima Constitucional Permanente– es un claro aval a la reducción del porcentaje cobrado a los pensionados. Si bien la Ministra hizo énfasis en la necesidad de adoptar medidas para compensar los recursos que dejaría de recibir el sistema de seguridad social –decisión que, con arreglo al amplio margen de configuración democrática en cabeza del Congreso, solo debe ser adoptada por esta Corporación–, lo cierto es que se pronunció de manera clara y enfática a favor de esta medida.

Dicha conclusión no solo se sigue del apartado transcrito, sino también de la declaración hecha en la sección titulada conclusiones y concepto del mismo documento, en la cual manifestó que *“Como lo hemos venido señalando, la iniciativa presentada resultaría loable y meritoria, en la medida en 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”.*

Una vez se ha logrado determinar que, en efecto, el Ministerio de Trabajo avaló la iniciativa legislativa en cuestión, es preciso establecer de qué manera debe ser resuelta la divergencia

entre las carteras ministeriales. Pues, según fue señalado en la objeción presidencial, mientras que el Ministerio de Trabajo se pronunció a favor del texto legislativo, el Ministerio de Hacienda manifestó una posición contraria. La respuesta se encuentra en la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que no todos los ministros, por el mero hecho de fungir como directores de estas carteras, se encuentran autorizados a avalar las iniciativas legislativas que requieren dicho trámite. Por el contrario, es menester que quien emite estos pronunciamientos en nombre del Gobierno tenga una clara competencia que es objeto de desarrollo en el proyecto de ley correspondiente. Dicha postura fue adoptada por la Corte en la Sentencia C-838 de 2008, providencia en la que manifestó lo siguiente:

“Pero debe tenerse en cuenta 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 aquél cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley. Además es necesario que la coadyuvancia se manifieste oportunamente, es decir, antes de su aprobación en las plenarias, y que sea presentada por el ministro o por quien haga sus veces ante la célula legislativa donde se esté tramitando el proyecto de ley”.

En el caso de la ley en cuestión no cabe duda de que dicha competencia se encuentra en cabeza del Ministerio de Trabajo en su condición de órgano encargado de la dirección del Sistema de Seguridad Social tal como se demuestra con la mención de los Decretos números 4108 de 2011 y 1833 de 2016 hecha atrás. Si bien el Ministerio de Hacienda tiene alguna competencia funcional marginal, pues es verdad que la medida genera algún impacto en el erario público, no se puede desconocer que dicha medida afecta esencialmente la estructura y el sistema de financiación del sistema de seguridad social y la garantía de los derechos de los pensionados. En ese sentido, por cuanto la dirección de esos asuntos es llevada a cabo por el Ministerio de Trabajo de manera exclusiva y excluyente, se debe concluir que prevalece la opinión manifestada por la directora de esta última cartera.

En síntesis, aun cuando se considere que el gobierno presentó formalmente el proyecto de ley está demostrado que contó con el aval del ministerio del ramo respectivo competente en la materia que es el Ministerio de Trabajo antes de la aprobación de las plenarias, razón por la cual no existe argumento para objetar por inconstitucionalidad del proyecto de ley referido.

Así mismo, el propio Presidente de la República avaló el proyecto de ley en la alocución presidencial de fecha 6 de junio de 2014 en evento con pensionados del país antes de la 2 vuelta de elecciones presidenciales.

https://www.youtube.com/watch?time_continue=4&v=Aln7hsLdLHo

Minuto 8:50 de la intervención



“SÉ QUE UN ANHELO DE TODOS LOS PENSIONADOS ES QUE SE REDUZCA LA CONTRIBUCIÓN A LA SALUD, HAY UN PROYECTO DE LEY EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Y YO VOY A APOYAR ESE PROYECTO”...

Y finalmente, el Ministro de Hacienda apoyó proyecto de ley en el marco de las discusiones de la reforma tributaria

<https://www.youtube.com/watch?v=DGxLkKvECVE>



En dicha intervención, el señor Ministro de Hacienda se compromete a trabajar con los ponentes del proyecto de ley para lograr que en su cuarto debate se avance en mejorar las condiciones de los pensionados colombianos en cuanto a sus cotizaciones al sistema de salud.

Finalmente, es necesario recordar que el **acuerdo del 30 de diciembre de 2013** de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (CPCPSL) cuenta con la firma del Presidente de la República, Juan Manuel Santos; y con la del Ministro del Trabajo de esa época, doctor Rafael Pardo; los representantes de los empleadores; representantes a la Centrales Obreras y de los representantes de los pensionados del país. En dicho acuerdo se estableció en el Punto número 4, lo siguiente:

EL “ACTA DE ACUERDO” DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE CONCERTACIÓN DE POLÍTICAS SALARIALES Y LABORALES (CPCPSL) DE DICIEMBRE DE 2013

Indica:

“4. La solicitud de la Confederación Democrática de Pensionados y de las Centrales Obreras CGT Y CTC, de eliminar el aporte

obligatorio de salud para la población pensionada, se pidió incluirla en el proyecto de ley que modifica el Sistema General de Salud que cursa en el Congreso de la República, a través de la Subcomisión de Seguridad Social de la Comisión de Concertación”.

De conformidad con lo anterior, queda demostrado el aval del Gobierno nacional al proyecto de ley, el cual fue realizado, tanto por el Presidente de la República como por los Ministros de Trabajo y Hacienda. Por esa razón, dicha objeción debe ser rechazada.

IV. TERCERA OBJECIÓN

Según el Gobierno nacional, 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:

1. La capacidad contributiva del grupo específico
2. La progresividad del sistema de salud
3. La capacidad contributiva del resto de contribuyentes que pertenecen al sistema

En materia tributaria, los particulares en la calidad de contribuyentes y o deudores tributarios, tiene una obligación que no debe ser ajena a la capacidad contributiva de los mismos, es decir que se debe considerar las circunstancias económicas y sociales de los ciudadanos.

En el marco de un Estado Social de Derecho, que propende por la justicia social y por la sujeción a los principios, deberes y derechos constitucionales. La Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos de los principios de progresividad y equidad tributaria. Específicamente a nivel tributario, donde sugieren la necesidad de tener en cuenta la capacidad económica de quien se ve afectado.

Ahora bien, al momento de imponer un impuesto nuevo se realizan estudios que analizan la capacidad de pago de los ciudadanos con relación a las responsabilidades tributarias del ciudadano, tienen presente el hecho de la necesidad de respetar y comparar la implementación tributaria con factores económicos como el aumento del costo de vida y el incremento de los precios del mercado. Frente a las condiciones de los pensionados, es evidente que no son equitativos los descuentos que por ley se realizan a los pensionados, teniendo en cuenta que el incremento de la mesada pensional no es equitativo con el aumento de los impuestos y el incremento de los precios del mercado, afectando de manera directa la calidad de vida de los pensionados.

Por otro lado, la igualdad, la equidad y la justicia social en un Estado, debe ser una realidad; sin embargo, la sujeción a estos principios no es sencilla de garantizar y su cualificación debe ser medida frente a la cantidad de políticas públicas y

programas que limiten los criterios y la imposición tributaria por parte del Estado de cargas que puedan ser demasiado gravosas para los contribuyentes, sin embargo el Proyecto de ley número 170 de 2016 “por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados”, busca reducir los aportes beneficiando a los sectores más vulnerables, asimismo equilibrar la pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional y garantizar el MÍNIMO VITAL, dando cumplimiento al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

El memorial de objeción sostiene como argumentos de inconstitucionalidad que la reducción de la contribución propone una modificación profunda de la carga impositiva sin observar la capacidad contributiva de los contribuyentes y que se omitió un análisis sistémico de la progresividad.

Frente a estos argumentos es importante destacar lo siguiente: La jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado han aceptado que las contribuciones parafiscales deben ser asumidas por todos los beneficiarios en los porcentajes que establece de la ley de tal manera que la diferencia del salario o pensión se evidenciara en el sentido de su proporcionalidad.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en decisión del 24 de abril de 2007¹, se pronunció frente a los siguientes interrogantes:

1. ¿El incremento en la cotización al sistema general de seguridad social en salud es de carácter general y por ello debe ser cubierto por todos los afiliados al régimen contributivo del sistema, independientemente de quien asuma el mayor valor?
2. En caso de que la respuesta anterior fuere positiva ¿el mayor valor de la cotización para quienes carecen de empleador sigue las reglas generales y debe ser asumida en un 100% por el afiliado?
3. En caso de que la respuesta a la primera pregunta fuere negativa ¿qué grupos de afiliados están obligados a él?
4. Si el incremento sólo está destinado a aquellos grupos de población que están obligados a cotizar al sistema general de pensiones ¿las personas no obligadas a cotizar al Sistema General de Pensiones están exoneradas del incremento en la cotización al Sistema General de Seguridad en Salud?

Respuestas:

1. El incremento en la cotización al sistema general de seguridad social en salud es de carácter general y por ello debe ser cubierto por todos los afiliados al régimen contributivo del sistema en la forma que determi-

¹ Radicación número 11001-03-06-000-2007-00009-00

na la Ley 100 de 1993. (Subraya en el texto original).

2. El mayor valor de la cotización que deben pagar los trabajadores independientes y los pensionados está a cargo del afiliado en un 100%.
3. No se presenta la hipótesis que se plantea en la tercera pregunta formulada a la Sala.
4. El incremento del medio punto en la cotización contemplado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, no sólo está destinado a aquellos grupos de población que están obligados a cotizar al sistema general de pensiones, sino a quienes en calidad de pensionados están obligados a cotizar al sistema general de seguridad en salud”. (Negrillas fuera del original).

Por ende se confirma lo dicho en la medida en que la contribución parafiscal en salud es general a los integrantes del sistema en los términos que la ley define antes que progresiva como erradamente plantea el memorial de objeción, ya que de esa progresividad se deduce el sistema tributario y no de cada tributo en sí mismo, como se reiterará a continuación:

La propia Constitución Política en su artículo 363 establece que el sistema tributario “se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”, principios que deben caracterizar el sistema como tal y no todos los impuestos individualmente considerados como por ejemplo el IVA el cual no es equitativo ni progresivo.

Sobre estos principios la Corte Constitucional en Sentencia C-100 de 2014 ha manifestado:

“19. Ciertamente, la Carta exige que el sistema sea progresivo, y no que cada uno de los singulares elementos del mismo tenga esa característica. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia, esto no significa que sea inviable controlar la constitucionalidad de un tributo o de alguno de sus elementos particulares a la luz del principio de progresividad, sino que la eventual regresividad de un tributo o de un específico precepto del ordenamiento tributario no debe considerarse por sí misma como una razón suficiente para declararlo inconstitucional. En cada caso, el juicio de progresividad sobre una norma tributaria consiste, no en establecer si individualmente se compadece o no con el principio de progresividad, sino en determinar si el tributo o elemento “podría aportar al sistema una dosis de manifiesta [...] regresividad”. En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias para el sistema, que lo harían inconstitucional. Como dijo la Corte en la Sentencia C-333 de 1993, al examinar si un tributo resultaba ajustado al principio de progresividad:

“[...] Si bien la cualidad sistémica de los principios de equidad, eficiencia y progresividad, no puede ser aprehendida en una revisión de

constitucionalidad de una ley singular, ello no quiere decir que su examen no pueda llevarse a cabo frente al contenido concreto de la norma acusada cuando la misma, de conservarse, podría aportar al sistema una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad. Finalmente, las leyes singulares son los afluentes normativos del sistema que resulta de su integración y, de otra parte, los principios, como se ha recordado, tienen un cometido esencial de límites que, desprovistos de control constitucional, quedarían inactuados”.

De esta manera se desprende del precedente del Alto Tribunal que el análisis de la progresividad no es específico por cada elemento tributario sino que parte de la existencia de un sistema tributario. Por lo tanto, la objeción desde esta perspectiva carece de fundamentación comoquiera que no se demuestra en qué medida la iniciativa legislativa (reducción del 12% al 4%) modifica la progresividad el sistema de una manera latente.

Incluso, manifiesta la Corte como viable que se analice la constitucionalidad de normas específicas en el caso de que supongan una manifiesta regresividad. De esta premisa surge la siguiente conclusión: Si el actual aporte de la contribución del 12% no es progresivo (ya que afecta a todos los pensionados por igual proporción) y fue declarada constitucional en Sentencia C-126 de 2000, menos aún lo será la reducción de la contribución al 4% que busca favorecer un sujeto de especial protección constitucional que es la persona pensionada.

“Conforme a lo anterior, la Corte concluye que no viola la igualdad, ni la especial protección a las personas de tercera edad, que la norma acusada establezca que la cotización en salud está integralmente a cargo de los pensionados. Es cierto que, como ya se señaló, el Congreso hubiera podido recurrir a otros mecanismos para financiar el servicio de salud a los jubilados, pero la opción legislativa se encuentra dentro los marcos que la Carta establece para el diseño de la seguridad social, y en este campo, como en tantos otros, el control constitucional es ante todo un control de límites. La norma acusada será entonces declarada exequible”.

¿Podría aquí hablarse de una manifiesta regresividad? La respuesta es a todas luces negativa. La única respuesta posible es reconocer que la reducción de la contribución significa una progresividad positiva en los derechos sociales que redundará en un mejor goce de los derechos de los pensionados.

En esa misma línea concluye la Corte en la citada C-100 de 2014:

“25. En síntesis, 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 (C. P. artículo 363). En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias de regresividad para el sistema, que lo harían inconstitucional”.

En consecuencia, no se sustenta por el documento de objeción ni en la razonabilidad de la interpretación constitucional por qué razón la iniciativa legislativa en cuestión genera una dosis de manifiesta regresividad; tampoco se demuestra como desfavorece el mínimo vital de las personas pensionadas ya que sería un contrasentido toda vez que el proyecto de ley favorece a todas luces el mínimo vital de los pensionados.

Ahora bien, el análisis de la objeción planteada con fundamento en el principio de progresividad tributaria debe tener en cuenta el propósito actual de las cámaras, consistente en reducir el porcentaje del cobro únicamente a quienes reciban una pensión inferior a cuatro salarios mínimos legales vigentes. Desde esta perspectiva, es evidente que la medida legislativa en lugar de desconocer este principio es una manifestación efectiva del mismo. Pues la reforma legal propuesta tiene en cuenta que las personas para las que resulta más oneroso el pago de la cotización por un 12% son, justamente, quienes reciben menores ingresos. En ese sentido, la determinación del Legislador es plenamente consistente con el postulado del principio de progresividad y, de manera más general, con la cláusula del Estado Social de Derecho, en la medida en que supone un alivio para quienes se encuentran en una situación económica más menesterosa, alivio que les permitirá dedicar estos recursos a la mejora de sus condiciones de vida. Dicha propuesta legislativa en desarrollo del iter legislativo se extendió a todos los pensionados.

La importancia de adoptar medidas con enfoque diferenciado como las que se señalan ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-209 de 2016, la Corte manifestó lo siguiente:

Al referirse la Corte al ejercicio de la potestad tributaria ha advertido que al Estado le está prohibido desconocer la supervivencia digna de las personas, en particular de aquellas que solo cuentan con lo indispensable para sobrevivir, y así evitar la degradación o el aniquilamiento del ser humano (C-776 de 2003). Si bien el deber de tributar es general al recaer sobre la persona y el ciudadano, el derecho al mínimo vital “exige analizar si quien

no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando es notoria la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados” (C-776 de 2003).

Esta posición de la Corte ha sido reiterada en varias oportunidades como en la Sentencia C-492 de 2015, que al referir al derecho al mínimo vital como límite al ejercicio del poder fiscal añadió: “el legislador tiene el deber constitucional de configurar los tributos de tal suerte que garantice a los contribuyentes la conservación de recursos suficientes para tener una existencia humana verdaderamente digna”.

Con arreglo a lo anterior, es evidente que la decisión de reducir el cobro a quienes reciben un ingreso pensional y con mayor razón los inferiores a 4 smlm consulta y materializa el principio de progresividad tributaria. Según se sigue de la jurisprudencia comentada hasta ahora, dicho postulado exige que las personas den cumplimiento a sus cargas tributarias de acuerdo con su capacidad adquisitiva.

En ese sentido, es razonable que las personas que cuentan con mayores ingresos realicen un aporte superior en comparación con quienes se encuentran en una situación económica más limitada. La reducción del cobro, en la medida en que se concentra únicamente en las personas que reciben este tipo de ingresos, es una clara realización del principio en cuestión. Sin embargo, ello no obsta para dentro de la libertad configuración legislativa el Congreso pueda estimar que dentro del grupo pensional exista una proporcionalidad que permita favorecer aquellos que devengan menores pensiones.

La anterior conclusión resulta confirmada al analizar el precedente establecido en las Sentencia C-169 de 2014, providencia de la que tomamos el siguiente extracto:

Regresividad manifiesta del arancel de la Ley 1653 de 2013. El principio de progresividad tributaria complementa las exigencias de la equidad horizontal, dentro del sistema tributario, con las de equidad vertical. Mientras la equidad horizontal prescribe que personas con capacidad económica equiparable, o que se hallen bajo una situación fáctica similar, contribuyan de igual manera al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (C. P. artículo 95-9), la equidad vertical demanda que las personas con más capacidad económica contribuyan en mayor proporción, para que el sacrificio fiscal sea similar incluso entre sujetos con capacidades de pago desiguales. Por lo mismo, la Corte ha señalado que la Constitución exige gravar “en mayor proporción a quienes tienen mayor capacidad contributiva – equidad vertical–, a fin de que, a la postre, todos acaben haciendo un igual sacrificio de cara a

sus capacidades". El principio de progresividad está referido en la Constitución expresamente al "sistema tributario". No obstante, según la jurisprudencia, esto no hace inviable controlar la constitucionalidad de un tributo o de alguno de sus elementos particulares a la luz del principio de progresividad. Lo que implica es que el juicio de progresividad sobre un tributo consiste, no en establecer si individualmente se compadece con el principio de progresividad, sino en determinar si el tributo o elemento "podría aportar al sistema una dosis de manifiesta [...] regresividad"

Principios de progresividad y equidad tributaria

Tal y como lo ha dispuesto la Corte Constitucional, en varios aportes jurisprudenciales, las imposiciones y el reparto de la carga tributaria deberá garantizar la sujeción a los principios de progresividad y equidad tributaria. En Sentencia C-776 de 2003 dispuso:

El principio de progresividad, dispuesto en el artículo 363 de la Constitución Política, impone que el reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, se realice según la capacidad contributiva de que disponen. Es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor cuando mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente.

Para el caso objeto de estudio no se está afectado el principio de progresividad con el Proyecto de ley número 170 de 2016 "*por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados*", en razón a que la modificación beneficia a los sectores más vulnerados y/o afectados, igualmente se busca dar un equilibrio entre los descuentos parafiscal y la pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional, con el fin de garantizar el mínimo vital de las familias que dependen de este ingreso.

Por su parte, el principio de equidad dispuesto en los artículos 95 numeral 9 y 363 *ibidem* atiende a que se ponderen la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes, para evitar cargas excesivas o beneficios exagerados². Debido a esto, se reitera que una de las finalidades del proyecto es garantizar la calidad de vida de la población pensional, ponderando lo recibido por la mesada pensional y los descuentos legales y la variable constante de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Así las cosas, se hace evidente que estas imposiciones afectan y atentan contra la calidad de vida y el sustento de los pensionados.

Definición: El principio de progresividad, en derecho tributario y hacienda pública, implica que el tipo de gravamen es función creciente de la base imponible: esto es, a medida que crece la capacidad económica de los sujetos, crece el porcentaje de su riqueza o de su ingreso que el Estado exige en forma de tributo.

Ahora bien, el Proyecto de ley número 170 de 2016, *por la cual se modifica la cotización*

mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados, no viola el principio de progresividad teniendo en cuenta que los aportes realizados por los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son aportes parafiscales y no afecta el crecimiento económico ni el sistema tributario, por otro parte, es claro que el principio de progresividad afecta a los más pobres porque desestimula la generación de riqueza (Pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional).

A su vez, es necesario resaltar, que el principio de progresividad en materia tributaria busca atraer la inversión extranjera y estimular el crecimiento económico, creando beneficios e impuestos llamativos para los extranjeros y generar confianza en el inversionista, es decir, que para el tema de parafiscales no es aplicable el principio de progresividad por cuanto no se está estimulando el crecimiento económico sino se está garantizando un descanso remunerado y digno a un pensionado que trabajó y se esforzó durante años, quien realizó aportes en su momento, para recibir una mesada pensional justa, no obstante no acorde con la realidad económica de este país.

En relación con Hacienda Pública, es evidente que el Estado vía impuestos debe estimular la generación de riqueza, sin embargo, esta riqueza debe beneficiar a toda la comunidad, y se reitera que los aportes al sistema de salud son parafiscales más no un impuesto, en los cuales no se tiene en cuenta los índices de pobreza y ni de desigualdad. Mejor dicho, con estos aportes no existe un crecimiento económico.

Definición: La capacidad económica, se define como la capacidad para adquirir o ser titular de bienes o servicios (Públicos o Privados), esta capacidad puede recibir diferentes nombres como capacidad adquisitiva; este principio en materia tributaria, busca establecer una carga impositiva, acorde con la capacidad económica y contributiva del particular, en concordancia con el principio de Progresividad, que debe proteger la economía nacional y elevar el nivel de vida de la población, por su carácter proteccionista⁸.

Para el caso objeto de estudio, la capacidad contributiva de los pensionados de Colombia es variable, inclusive el Gobierno debe considerar las variables e indicadores, tales como: la población, los ingresos, la realidad socioeconómica entre otras, para poder determinar cuánto debe pagar cada uno.

Igualmente, los principios de equidad y justicia tributaria toma en cuenta el criterio de capacidad horizontal que hace relación a quienes tienen capacidad pagan lo mismo; y el criterio de equidad vertical hace referencia a quien tiene una mayor capacidad de contribución puede pagar más.⁹

Con el Proyecto de ley número 170 de 2016, *por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados*, busca que el Estado busque el

equilibrio, entre la satisfacción de las necesidades de los pensionados, el mejoramiento de sus condiciones de vida y la entrega de los servicios frente a los aportes que se deben realizar

de la progresividad en seguridad social en salud.

La progresividad² en las tarifas de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, no han sido hasta ahora aplicables. Los trabajadores, cualquiera que sea el nivel de su sueldo mensual cotizan el 4%, de igual forma ocurre con los aportes patronales que se han fijado el 8.5% sin consideración alguna del valor patrimonial o de las rentas de las unidades empresariales empleadoras.

Esta cotización al sistema de salud es uno de los casos en que, como en los impuestos indirectos, no es aplicable plenamente el principio de la progresividad tributaria. La cotización hace relación a la prestación de un servicio, no a la percepción de una renta, y como en el caso del impuesto al valor agregado, puede llegar a ser diferencial pero no progresivo. En conclusión, dada la conformación técnica de las cotizaciones y la necesidad de su administración eficiente, no es posible aplicar a plenitud el principio de la progresividad, pero sí preservar, como lo hace el proyecto de ley, uno de sus elementos principales, el de la proporcionalidad: la tributación es proporcional al monto de la pensión.

Tal como se observa en los gráficos anexos, no se altera con las disposiciones nuevas el resultado de crecer los aportes en la medida en que aumenta el monto de las pensiones.

Por otra parte, el SGSSS contributivo está financiado por los aportes que los afiliados hacen al Fosyga y que ahora recaudará la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), cuyo objetivo es el de garantizar el adecuado flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) e implementar los respectivos controles. Estos aportes reúnen todas las características de los recursos parafiscales³ que no forman parte

del presupuesto nacional y sobre los cuales no es posible predicar la “Regla Fiscal” al tenor de lo dispuesto⁴ en el Ley 1473 de 2011, artículo 2°.

En la Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley 40 de 1990, distingue entre los impuestos y las contribuciones fiscales y al respecto afirma: “Las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. (...) Las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación. El término “contribución parafiscal” hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasa (...) los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

1. Obligación: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

2. Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

3. Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”. (Corte Constitucional. Sentencia C-490-93) (...)

“Las rentas parafiscales, según todo lo expuesto, tienen como característica esencial la destinación específica; no entran a engrosar el monto global del presupuesto nacional y, como se

² La Sentencia C-643 de 2002: “el principio de progresividad compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario pues como en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo, el constituyente ha superado esa deficiencia disponiendo que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente”.

³ Parafiscalidad: Calidad de ciertos ingresos del Estado que gozan de una cierta autonomía financiera. Alain Barrère, Catedrático de Hacienda en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, en sus cursos de política financiera expone lo siguiente: “la parafiscalidad ha sido definida en la doctrina del Consejo de Estado

que data del 11 de mayo de 1954: ‘Las tasas parafiscales son exacciones obligatorias que tienen una destinación especial instituidas por vía de autoridad con un fin de orden económico, profesional o social, y escapan en todo o en parte de las reglas de la legislación presupuestaria o fiscal en lo concerniente a la creación del recurso o de la renta, la determinación de su base imponible y de su cuantía y de los procedimientos de recaudo y control de su desembolso’. (Gaceta del Congreso número 79).

⁴ Ley 1473 de 2011, por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones. Artículo 2°. ámbito de Aplicación. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a las cuentas fiscales del Gobierno Nacional Central, de acuerdo con la metodología que para tal efecto defina el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis).

verá más adelante, se diferencian claramente de los impuestos y tasas”.

La Corte Constitucional refiriéndose a los casos del fondo panelero, de las cajas de compensación familiar y del fondo nacional del café, afirmó que: ... “Los recursos parafiscales eran aquellos cobrados a una parte de la población, destinados específicamente a cubrir intereses del grupo gravado, que no engrosaban el monto global del presupuesto nacional⁵. (...)”

Aunque las cotizaciones por su obligatoriedad y naturaleza forman parte de los tributos, junto con los Impuestos⁶ y Contribuciones⁷, el legislador ha contemplado una categoría de incierta filiación jurídica denominada “exacciones parafiscales” porque no cumple con las exigencias propias del establecimiento de los tributos y tienen un régimen presupuestario distinto.

CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

En el régimen de prima media existen en la actualidad 1.250.859 de personas que en virtud del proyecto de ley dejarán de ver reducidos sus presupuestos familiares en una cifra del orden de \$1.987.104 millones. Dado el crecimiento histórico del recaudo de cotizaciones y disminución de costos, esta cifra quedará compensada en el transcurso de unos pocos meses futuros (menos de 12).

Tomando como referencias las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda,⁸ en solo dos años el total recaudado por cotizaciones⁹, en parte, debido al esfuerzo realizado para mejorar el recaudo y disminuir la evasión y elusión, pasó de ser \$8,9 billones en 2008 a ser \$10,9 billones en 2010 (en pesos de la época).

Este resultado no es una casualidad. El fenómeno del crecimiento de recaudos se comprueba entre los años de 2010 y 2012 al pasar de \$10,9 billones a \$14,7 billones, con un

incremento del 35%. Además, el total de afiliados que contribuyeron al Sistema General de Salud experimentó un crecimiento sistemático¹⁰ durante los años 2013 (23%), 2014 (24.8%), 2015 (26%) y 2016 (24.9% para lo corrido del primer semestre).

A la luz de las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda es evidente que un menor recaudo de aproximadamente el 6% por concepto de una menor cotización de los pensionados autorizada por la ley en curso, se compensaría en el futuro en breve tiempo si la administración continúa mejorando su gestión de eliminar la evasión y elusión de los aportantes forzosos del régimen contributivo: trabajadores activos y patronos.

Para mayor certeza de la preservación de la estabilidad financiera del SGSSS se tiene en cuenta esta afirmación del Ministerio de Hacienda: “El presupuesto del Fosyga fue superavitario en los últimos cuatro años, \$2,2 billones en el 2010, \$3,6 billones en 2011, \$3,9 billones en 2012 y \$3 billones en 2013”.

Antes de pasar a otro asunto, resulta oportuno destacar que la reducción que proyecta el Congreso de la República encuentra pleno sustento en el texto constitucional, en su artículo 334, por cuanto dicha medida se enmarca dentro de la intervención que, de acuerdo con lo dispuesto en el texto constitucional, debe hacer el Estado en la economía. Al tenor de esta disposición, “El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos”. A la luz de esta norma se concluye que, justamente, la reducción dispuesta por el Legislador exige a las instituciones que administran los recursos del sistema de seguridad social realizar una administración eficiente y competente de estos dineros a fin de que las cargas económicas que soportan quienes tienen menores ingresos resulten más llevaderas y, por lo tanto, puedan atender de mejor manera sus necesidades básicas.

Finalmente, desde el punto de vista de la equidad tributaria entendida como una manifestación específica del principio general de igualdad que supone la exclusión de tratamientos diferenciados injustificados, es importante decir que el proyecto de ley en cuestión antes que significar una decisión legislativa injustificada constituye una acción afirmativa que busca garantizar los derechos de los pensionados (como sujetos de especial protección) en la medida que permitirá una mayor capacidad adquisitiva de sus mesadas de personas que en la mayoría de los casos se encuentran excluidos del mercado laboral.

⁵ Precisa el profesor Duverger que “se califican de parafiscales... las exacciones efectuadas sobre sus usuarios por ciertos organismos públicos o semipúblicos, económicos o sociales, para asegurar su financiación autónoma: las cuotas pagadas a la seguridad social constituyen el ejemplo más importante”.

⁶ Impuestos que son los tributos exigidos sin contraprestación.

⁷ Contribuciones que son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención de un beneficio como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

⁸ Boletín de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Hacienda agosto 2014. El número de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud fue de 45.167.235 a diciembre 31 de 2013, de los cuales 20,1 millones al Régimen Contributivo y 2,3 millones a los Regímenes de Excepción. Si se tiene en cuenta que la población nacional proyectada según el Dane fue de 47,1 millones para 2013, estas cifras nos muestran un porcentaje de cobertura del 96%.

⁹ Cálculos DRESS con base en información del Fosyga - Ministerio de Hacienda.

¹⁰ En Ministerio de Hacienda y Crédito Público Boletín de Seguridad Social número 6.

V. CUARTA OBJECCIÓN

En el texto de objeciones, el Gobierno manifiesta que existe violación a los principios de solidaridad y progresividad de la seguridad social, artículo 48 de la Constitución Política, por las siguientes razones.

1. El proyecto de ley sacrifica una fuente considerable de recursos del sistema en beneficio exclusivo de los pensionados.
2. Se vulnera el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por la supresión de fuentes de recursos.
3. El proyecto de ley vulnera el principio de solidaridad.
4. Los recursos obtenidos por el pago efectuado por los pensionados, contribuye al financiamiento del régimen subsidiado de salud.

Debe destacarse en consonancia con la opinión del juez constitucional que la contribución de los pensionados a la salud supone una aplicación concreta del principio de solidaridad que, incluso, ha superado históricamente la contribución que corresponde a los empleados asalariados; jurisprudencia que ha aceptado que la reducción de la tarifa a los pensionados goza de una importancia constitucional habida cuenta que los pensionados son un grupo que requiere de especial atención y protección del Estado y por ende se trata de una excepción justificada que revalúa el citado principio de solidaridad. En la citada C-838 de 2008, se afirmó:

“3.2.3. Por otra parte, la Corte observa que las razones que llevaron al Congreso a limitar el alcance del principio de solidaridad en relación con la obligación de los pensionados de contribuir a su universalización, encuentran apoyo en consideraciones que tienen importancia constitucional. Ciertamente, dichas razones apuntaron al reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que por regla general se encuentra la población pensionada, que no forma parte de la población laboralmente activa ni tiene acceso al mercado de trabajo, y que se encuentra en situación de debilidad por su edad, su condición de invalidez, o por el fallecimiento de un familiar que proveía a su sustento. Por tal razón, el Congreso quiso no afectar los ingresos de este grupo de cotizantes, liberándoles de aportar el 0.5% de incremento antes decretado. (...).

(...)

A juicio de la Corte, este objetivo buscado por el Congreso de no afectar los ingresos de los pensionados encuentra soporte constitucional en aquellas normas superiores que dispensan protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13), como sucede

justamente con quienes han sido acreedores al reconocimiento de una pensión.

(...)

Así pues, la Corte concluye que al introducir la modificación al artículo 1° del proyecto de ley, que tendrá como efecto práctico exonerar a toda la población pensionada de la obligación de contribuir con un 0.5% adicional del ingreso base de cotización, lo que pretendió el Congreso fue restringir el alcance inicialmente dado al principio de solidaridad en la Ley 1122 de 2007, para dar eficacia a una de las manifestaciones constitucionales del principio de igualdad, cual es el de proteger a las personas en situación de debilidad manifiesta. Sin embargo, la mencionada restricción no puede considerarse desproporcionada, por cuanto los pensionados continúan aportando a la financiación del Régimen subsidiado, a través del porcentaje de su cotización que se destina a tal efecto.

Como puede observarse la jurisprudencia constitucional en sede de objeciones, frente a la misma problemática ha resuelto que la reducción de la tasa en favor de los pensionados es una forma de la solidaridad que busca que este grupo contribuya con la financiación del sistema pero que a su vez goce de una especial protección del Estado a razón de ser una población que cuenta con mayores contingencias que la población económicamente activa. Desde esta perspectiva, la idea del legislador de reducir la contribución en salud goza visos claros de constitucionalidad y por último demuestra que la objeción del Gobierno confunde y desconoce los conceptos de progresividad, solidaridad en materia pensional.

Violación a los principios de equidad y progresividad en materia tributaria. Violación al principio de solidaridad. Los trabajadores activos, además de aportar para la salud, aportan para las pensiones, por ello las cargas impositivas deben ser diferentes lo cual es una decisión razonable para la sostenibilidad financiera del sistema. Los pensionados suelen tener menos responsabilidades, respecto a terceros, en relación con la que tienen los trabajadores y por ello y por su condición no pagan pensión y por ello disminuye la carga impositiva. Los pensionados no solo reciben beneficios por sus aportes, sino que preservan la sostenibilidad del sistema en su conjunto y por ser solidarios evitan mayores impuestos o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos. El sistema está basado en mutuo apoyo entre personas, generaciones, sectores económicos, las regiones y las comunidades. Todo lo anterior para contribuir en la financiación del sistema de manera sostenible.

El Acto Legislativo número 03 del 1° de julio de 2011. El párrafo del artículo 1° textualmente dice: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial,

podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

- El derecho a la seguridad social, ha sido considerado como un derecho exigible e irrenunciable, protegido por las normas internas del Estado Colombiano y por las normas de carácter internacional. Es así como la Corte Constitucional ha indicado que: “Hoy día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, concepto que la han convertido en un derecho inalienable de la persona”. (Subrayé).
- El sistema de seguridad social ostenta un nivel arraigado constitucionalmente, conforme a la Carta Política y a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y negociación colectiva, los cuales sirven de fundamento para la interpretación de las normas constitucionales de derecho interno.
- Para tal efecto, se ha considerado la estructuración del denominado *Bloque de Constitucionalidad* para considerar la inescindible relación existente en las normas de la Constitución Política y los tratados y convenios del orden jurídico internacional. Al respecto, la Corte constitucional ha indicado: “La normatividad constitucional no es un privilegio exclusivo de las normas que formalmente integran el texto de la Carta Política” (...) es decir que “la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales”. (Subrayé).
- Nuestra Carta Política define los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno, los cuales se encuentran contenidos en los artículos 9°, 93, 94, 214 numeral 2, 53 y 102 inciso 2°, integrando así las normas constitucionales con los instrumentos internacionales que establecen el derecho a la seguridad social como derecho humano.
- Bajo tal presupuesto, se tiene que conforme a diversos pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, el Estado colombiano se encuentra obligado a cumplir las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales ratificados por él,

en especial los relativos al respeto por los derechos humanos.

- “Organización Internacional de Derechos Humanos -obligaciones son exigibles al Estado.
- Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos –entre ellas, la OIT–; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio”.
- Sobre la elevación del derecho a la seguridad social como un derecho fundamental, se ha indicado que tal consideración ha sido extendida a través de las declaraciones de derechos; para el efecto se tiene que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su Preámbulo: “Su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres” y consagra posteriormente los derechos, entre los cuales se incluye expresamente el derecho a la seguridad social.
- Ahora bien, el derecho pensional se encuentra intrínseco en el derecho fundamental humano a la seguridad social, por corresponder a él en todas sus partes. Frente a ello, la Corte Constitucional ha señalado que: “Si la seguridad social, en un caso concreto, está conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su justfundamentalidad, se impone el amparo del derecho a la seguridad social en conexión con determinados derechos fundamentales. Tal ocurre cuando el no reconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones tiene la potencialidad de poner en peligro derecho como la vida, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana, la integridad física o el mínimo vital de las personas de la tercera edad”.
- Bajo este contexto, se tiene que de acuerdo con la postura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se ha señalado que a “todos los derechos humanos se impone tres tipos o niveles de obli-

gaciones a los Estados Partes: La obligación de respetar, proteger y cumplir”.

Corte Constitucional Sentencia T-471/92. Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003. Corte Constitucional. Sentencia T-568/99. Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Segunda Edición.

Corte Constitucional, Sentencia T-235/2002. Igualmente se hace referencia a las Sentencias T-287/95, T-333/97, T-456/99, T-130/99, T-441/99, T-661/99, T-834/99, T-881/99, T-931/99. Arango Olaya, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”.

Para el año 2013 el Ministerio del Trabajo realizó un diagnóstico denominado “Modelo de Protección a la Vejez” en el que determinó que para ese momento:

En el país había 22 millones de trabajadores, de los cuales 7,7 millones cotizan o ahorran en el Sistema General de Pensiones que tiene dos regímenes (Régimen de Prima Media y Régimen de Ahorro Individual Solidario) y de los que en la situación actual solo se van a pensionar 2.000.000.

Situación que se contrasta con estudios de investigadores como Óscar Rodríguez, que revelan que aproximadamente “el 70% de las personas que hacen aportes bajos al sistema recibirán solo entre 1 y 2 salarios mínimos al pensionarse. De hecho, ya la situación es difícil, pues solo el 18% de los mayores de 60 años gozan de una pensión”.

Un pensionado, que por definición y evidencia, no tiene el status de empleador y tampoco de trabajador, sin embargo debe pagar por los dos, al descontársele mensualmente el 12% del total de su mesada pensional.

Durante el período 1997-2014, aproximadamente el 85% de los afiliados en los Fondos Privados de Pensiones, corresponden a un rango salarial inferior a los 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Situación que tiene como agravante el crecimiento de la afiliación sin cotización, es decir, la escasa permanencia o continuidad en los aportes, esto debido a la dinámica misma del mundo del trabajo en Colombia. (Fasecolda).

VI. QUINTA OBJECCIÓN

El Gobierno argumenta que existe violación de la sostenibilidad fiscal, de conformidad con los siguientes argumentos:

1. El proyecto de ley afecta gravemente la sostenibilidad fiscal.
2. El proyecto de ley no ubica la fuente alternativa de recursos.
3. El sistema de salud vigente se encuentra apenas equilibrado y el proyecto de ley afectaría la cobertura y los beneficios para los usuarios.

4. Señala que según el artículo 334 la sostenibilidad fiscal es una herramienta que debe ser utilizada por las ramas del poder público en el ejercicio de sus funciones para garantizar el cumplimiento de los objetivos del Estado social de derecho. Este es el texto citado.

**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)

El Gobierno no cita el párrafo del artículo, según el cual “párrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

5. El Gobierno señala que el proyecto viola leyes orgánicas y estatutarias que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

a) Se viola el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 porque el proyecto de ley no hace un análisis del impacto fiscal.

b) Se viola el literal i) del artículo 5° de la Ley 1751 de 2015 que impone al Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad de los servicios de salud. Se estima que se dejaron de recibir 3.1 billones de pesos en el 2017. A continuación, el cuadro de proyección de los recursos que se dejarían de percibir.

Año	2.017	2.018	2.019	2.020	2.021	2.022
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

A 20 años el impacto sería de 100 billones de pesos.

En relación con la conveniencia fiscal de la iniciativa, nos permitimos referir los siguientes argumentos

El Proyecto de ley, por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados, no impone nuevas cargas al presupuesto nacional, como lo hubiera podido hacer al disponer que lo dejado de pagar por los pensionados fuera aportado por el fisco para mantener indemne el financiamiento del SGSSS tal como lo autoriza¹¹ el numeral 12 del

¹¹ El numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política

artículo 150 de la Constitución Política en ejercicio de las funciones. El Congreso se ha centrado en el ejercicio de lo prescrito en el artículo 338 de la Carta¹² de fijar legalmente el tope de las tarifas que las autoridades pueden exigir como contribuciones para recuperar los costos de los servicios que les presten a los contribuyentes.

El SGSSS contributivo está financiado por los aportes que los afiliados hacen al Fosyga y que ahora recaudará la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), cuyo objetivo es el de garantizar el adecuado flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) e implementar los respectivos controles. Estos aportes reúnen todas las características de los recursos parafiscales¹³ que no forman parte del presupuesto nacional y sobre los cuales no es posible predicar la “Regla Fiscal” al tenor de lo dispuesto¹⁴ en el Ley 1473 de 2011, artículo 2°.

En la Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley 40 de 1990, distingue entre los impuestos y las contribuciones fiscales y al respecto afirma: “Las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias,

no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. (...) Las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación. El término “contribución parafiscal” hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasa (...) los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

1. *Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.*
2. *Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.*
3. *Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”.* (Corte Constitucional. Sentencia C-490-93) (...).

“Las rentas parafiscales, según todo lo expuesto, tienen como característica esencial la destinación específica; no entran a engrosar el monto global del presupuesto nacional y, como se verá más adelante, se diferencian claramente de los impuestos y tasas”.

La Corte Constitucional refiriéndose a los casos del fondo panelero, de las cajas de compensación familiar y del fondo nacional del café, afirmó que: ... “Los recursos parafiscales eran aquellos cobrados a una parte de la población, destinados específicamente a cubrir intereses del grupo gravado, que no engrosaban el monto global del presupuesto nacional¹⁵. (...)”

Aunque las cotizaciones por su obligatoriedad y naturaleza forman parte de los tributos, junto con los Impuestos¹⁶ y Contribuciones¹⁷, el legislador

ca dice: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”.

¹² El artículo 338 de la Carta, consagra: “La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos”.

¹³ Parafiscalidad: Calidad de ciertos ingresos del Estado que gozan de una cierta autonomía financiera. Alain Barrere, Catedrático de Hacienda en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, en sus cursos de política financiera expone lo siguiente: ‘la parafiscalidad ha sido definida en la doctrina del Consejo de Estado que data del 11 de mayo de 1954: ‘Las tasas parafiscales son exacciones obligatorias que tienen una destinación especial instituidas por vía de autoridad con un fin de orden económico, profesional o social, y escapan en todo o en parte de las reglas de la legislación presupuestaria o fiscal en lo concerniente a la creación del recurso o de la renta, la determinación de su base imponible y de su cuantía y de los procedimientos de recaudo y control de su desembolso’’. (Gaceta del Congreso número 79).

¹⁴ Ley 1473 de 2011, por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones, artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a las cuentas fiscales del Gobierno Nacional Central, de acuerdo con la metodología que para tal efecto defina el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis).

¹⁵ Precisa el profesor Duverger que “se califican de parafiscales... las exacciones efectuadas sobre sus usuarios por ciertos organismos públicos o semipúblicos, económicos o sociales, para asegurar su financiación autónoma: las cuotas pagadas a la seguridad social constituyen el ejemplo más importante”.

¹⁶ Impuestos que son los tributos exigidos sin contraprestación.

¹⁷ Contribuciones que son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención de un beneficio como conse-

ha contemplado una categoría de incierta filiación jurídica denominada “exacciones parafiscales” porque no cumple con las exigencias propias del establecimiento de los tributos y tienen un régimen presupuestario distinto.

Para terminar, es preciso hacer alusión a la supuesta infracción del principio de sostenibilidad fiscal al que hace referencia la objeción suscrita por el Gobierno nacional. En efecto, el Acto Legislativo número 03 de 2011 precisó que la labor de intervención del Estado en la economía debe ser realizada atendiendo el principio de sostenibilidad fiscal. El propósito de esta reforma, según fue establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-288 de 2012, consistía en introducir un criterio de razonabilidad económica a las medidas adoptadas por las autoridades públicas que pudieran tener repercusiones fiscales. Al respecto, conviene tener en cuenta que el objetivo primordial de esta enmienda constitucional era establecer un criterio de restricción a las decisiones judiciales. De ahí que el Acto Legislativo en cuestión haya creado el incidente de impacto fiscal, en virtud del cual los ministerios del Gobierno nacional y el Ministerio Público se encuentran autorizados a solicitar a jueces y a tribunales, que reconsideren las decisiones judiciales que puedan ser contrarias a este postulado. Dicha aclaración es importante por cuanto deja ver que la carga que establece esta reforma constitucional resulta más fuerte en el caso de las actuaciones judiciales que en las que son emprendidas por el Congreso de la República.

Sin embargo, el principio de la sostenibilidad fiscal, tal como lo señala la versión actual del artículo 334 superior, resulta vinculante para todas las autoridades públicas. Ello no quiere decir, naturalmente, que cualquier determinación que vaya a ser adoptada por el Estado se encuentra sometida a una lógica incondicional economicista que anule los derechos de los ciudadanos ni los compromisos sociales que resultan exigibles a las autoridades en virtud de la cláusula del Estado Social de Derecho. Pues, tal como lo dispone el propio Acto Legislativo en cuestión, “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

Esta observación es pertinente en la medida en que, según se ha establecido en este documento, la reducción de la cotización que habrá de favorecer a todos los pensionados o a aquellos que reciben menos de cuatro smml pretende contribuir a la realización de su derecho fundamental al mínimo vital. En ese sentido, la constitucionalidad del

proyecto de ley no puede ser tenida en cuenta suponiendo que se trata de una reforma legal que únicamente genera un impacto negativo en las finanzas públicas y que, por lo tanto, se encuentra desprovista de alguna justificación que encuentre asidero en el texto constitucional.

Por el contrario, la medida busca salvaguardar los derechos de un grupo específico de la población que merece especial protección debido a (i) su avanzada edad y a (ii) sus limitados ingresos económicos. De tal suerte, el ejercicio de ponderación que se debe hacer en esta oportunidad ha de tener en cuenta que los destinatarios de la medida no son ciudadanos ordinarios que puedan soportar las cargas tributarias del mismo modo que las demás personas. Por el contrario, se trata de personas con recursos harto restringidos, con una salud usualmente deteriorada –lo que les impone el deber de pagar copagos y cuotas moderadoras– y que en muchas ocasiones colaboran con la manutención de hogares que dependen de estos ingresos, además de su incremento actual el cual se fija en el IPC en desventaja de los trabajadores quienes obtienen un mayor porcentaje.

En este orden de ideas, la objeción formulada por el Gobierno nacional desconoce abiertamente el principio de solidaridad y, muy especialmente, la obligación que recae sobre el Estado de proporcionar especial protección a los sujetos que, como ocurre en el caso de los pensionados, se encuentran sometidos a condiciones especiales de marginación social, como la pobreza y la edad adulta. La importancia de esta última obligación fue subrayada por la Corte en la Sentencia T-207 de 2013.

“Especial énfasis se ha hecho en la protección especial de quienes además de no contar con ingresos suficientes se encuentran en una edad avanzada. En ese sentido, se ha señalado que cuando además de las condiciones de pobreza las capacidades físicas o psíquicas que permiten la autodeterminación de la persona en estado de [pobreza] se han visto disminuidas, surge un deber de atención a esta por parte del Estado de dirigir su conducta al apoyo de este miembro de la sociedad” (T-684 de 2002).

Así, partiendo de la aplicación del principio de solidaridad y de la protección a la dignidad humana (artículos 1° y 13 superiores), el ordenamiento jurídico le reconoce una protección especial a los ancianos en situación de pobreza extrema, a la hora de proteger sus derechos individuales, lo cual se ve reflejado en disposiciones de rango constitucional, de derecho internacional y en el orden legal”.

Consideraciones económicas

En el régimen de prima media existen en la actualidad 1.250.859 de personas que en virtud del proyecto de ley dejarán de ver reducidos sus presupuestos familiares en una cifra del orden

cuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

de \$ 1.987.104 millones. Dado el crecimiento histórico del recaudo de cotizaciones y disminución de costos, esta cifra quedará compensada en el transcurso de unos pocos meses futuros (menos de 12).



Tomando como referencias las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda,¹⁸ en solo dos años el total recaudado por cotizaciones¹⁹, en parte, debido al esfuerzo realizado para mejorar el recaudo y disminuir la evasión y elusión, pasó de ser \$8,9 billones en 2008 a ser \$10,9 billones en 2010 (en pesos de la época).

Este resultado no es una casualidad. El fenómeno del crecimiento de recaudos se comprueba entre los años de 2010 y 2012 al pasar de \$10,9 billones a \$14,7 billones, con un incremento del 35%. Además, el total de afiliados que contribuyeron al Sistema General de Salud experimentó un crecimiento sistemático²⁰ durante los años 2013 (23%), 2014 (24,8%), 2015 (26%) y 2016 (24,9% para lo corrido del primer semestre).

A la luz de las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda es evidente que un menor recaudo de aproximadamente el 6% por concepto de una menor cotización de los pensionados autorizada por la ley en curso, se compensaría en el futuro en breve tiempo si la administración continúa mejorando su gestión de eliminar la evasión y elusión de los aportantes forzosos del régimen contributivo: trabajadores activos y patronos.

¹⁸ Boletín de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Hacienda agosto 2014. El número de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud fue de 45.167.235 a diciembre 31 de 2013, de los cuales 20,1 millones al Régimen Contributivo y 2,3 millones a los Regímenes de Excepción. Si se tiene en cuenta que la población nacional proyectada según el Dane fue de 47,1 millones para 2013, estas cifras nos muestran un porcentaje de cobertura del 96%.

¹⁹ Cálculos DRESS con base en información del Fosyga - Ministerio de Hacienda.

²⁰ En Ministerio de Hacienda y Crédito Público Boletín de Seguridad Social n.º 6

Para mayor certeza de la preservación de la estabilidad financiera del SGSSS se tiene en cuenta esta afirmación del Ministerio de Hacienda: “El presupuesto del Fosyga fue superavitario en los últimos cuatro años, \$2,2 billones en el 2010, \$3,6 billones en 2011, \$3,9 billones en 2012 y \$3 billones en 2013”.

La evasión y la elusión el verdadero problema.

Se deduce que el problema financiero del SGSSS no sobreviene como efecto de la aprobación de la ley en curso que reduce las cotizaciones a los pensionados. Una eficiente administración del Sistema ha permitido reducir el no pago de cotizaciones de quienes están obligados a hacerlo y que, a juzgar por las publicaciones oficiales, es del orden del 35% del total de los afiliados forzosos²¹.

El Ministerio de Protección Social en el estudio titulado “Afiliación, pago y recaudo de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud”²² presenta los cálculos realizados dentro del estudio sobre evasión/elusión en el régimen contributivo y concluye: “Se observa que en el año 2000 existirían 6.431.982 personas elegibles como cotizantes del Sistema, de los cuales 4.697.667 (65%) efectivamente cotizaban, aunque declarando un ingreso inferior al que efectivamente recibían; los restantes 1.734.315 cotizantes potenciales se encontraban afiliados al régimen contributivo como beneficiarios, eran afiliados del régimen subsidiado, no se encontraban afiliados al SGSSS o eran pensionados no cotizantes”.

Según Santiago Montenegro Presidente de Asofondos “Colombia tiene 24 millones de personas económicamente activas²³ pero solo 8 millones de ellas cotizan a salud mientras en España con igual población el número de cotizantes es el doble”.

La Unidad de Pago por Capitación (UPC) corresponde a la prima del seguro en el Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia reconocida a las Empresas Promotoras de Salud (EPS) como un valor por cada afiliado, dependiendo de la edad, género y además es complementado con las cuotas moderadoras y los copagos de los afiliados. La UPC durante los últimos años ha hecho varios ajustes consolidando grandes diferencias entre los montos de la UPC pagados por los niños afiliados y los pagados por los adultos mayores. Esto significa que la EPS recibe por cada pensionado una mayor cantidad de dinero que por el resto de sus afiliados y por tanto para ellos resulta económicamente muy rentable afiliar a personas de la tercera edad.

²¹ Cifra estimada para el año 2000 y que se supone está disminuyendo gradualmente.

²² Estudio encomendado a la Unión Temporal Bitrán Asociados - Econometría S. A. - Esap, y dirigido por Julio Roberto Piza y Álvaro Reyes.

²³ Según la Encuesta de Hogares del Dane- publicada en agosto. La población de trabajadores es de 22,7 millones de personas.

Para el Fosyga (hoy Adres) el número de beneficiarios de un pensionado es inferior al de los trabajadores activos, cuya composición familiar puede incluir varios beneficiarios (cónyuge, hijos, padres) por tanto el número de UPC que debe reconocer a la EPS es menor. En principio para el Fosyga le resulta conveniente la afiliación del Pensionado que solo le demanda una o dos UPC, así sean de mayor valor.

El Ministerio de Hacienda en su Boletín Social (número 6)²⁴ confirma la tendencia positiva para el sistema según la cual hay un mayor crecimiento del número de cotizantes que de beneficiarios, explicable por el ingreso de un mayor número de familias de menor tamaño como las de los pensionados²⁵.

En suma, la apelación al principio de sostenibilidad fiscal hecha por el Presidente no es de recibo en la medida en que desconoce los derechos de los ancianos en situación de pensión. Recurriendo a esta directriz constitucional pretende presentar la reforma legal como una controversia meramente económica y fiscal, haciendo a un lado los altos propósitos humanistas y solidarios que inspiran esta medida. En ese sentido, teniendo en cuenta que la reducción favorece el derecho al mínimo vital de estos sujetos de especial protección, los reparos planteados por el Gobierno no consideran a todas luces infundados.

VII. SEXTA OBJECCIÓN

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

Inciso segundo artículo 1° proyecto de ley “La cual se hará efectiva a partir del 1° de enero de 2017”.

En materia tributaria sí existe la posibilidad de aplicar la retroactividad, tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-549/1993.

“La esencia del principio de irretroactividad de la ley tributaria es la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados

²⁴ Boletín Social número 6 Ministerio de Hacienda - La proporción cotizante/beneficiario observada en el Régimen Contributivo fue de 1.2 veces, confirmando el cambio de tendencia registrado desde 2012, por el cual se refleja un mayor número de cotizantes que de beneficiarios. Esta tendencia, positiva para el Sistema General de Salud en términos de ingresos, inició en 1.0 en 2012, se acentió durante 2014 (1.10) y 2015 (al ingresar 740.000 nuevos cotizantes al Sistema).

²⁵ Adicionalmente, la densidad familiar disminuyó de 2.0 en 2013 a 1.91 en 2014, a 1.85 en 2015 y a 1.84 a junio 30 de 2016, indicando que una alta proporción de los nuevos cotizantes no cuenta con beneficiarios.

Es de indicar, que los ingresos totales por cotizaciones al Régimen Contributivo y la Contribución Empresarial para la Equidad sumarian unos \$19,5 billones para la vigencia 2016, lo cual representaría un incremento de 8,49% frente a lo registrado durante 2015.

jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar. Pues lo imperfecto siempre se sujeta a lo más perfecto, dada la naturaleza perfectible de la legalidad”.

Lo anterior conlleva a que en procura de preservar los derechos de quienes perciben una mesada pensional altamente gravada, puedan obtener el retorno de los recursos que corresponden ser asumidos al sistema.

VIII. CONCLUSIÓN

Como se pudo demostrar no existen argumentos de peso que permitan hablar de una inconstitucionalidad o inconveniencia del proyecto de ley objetado.

Por el contrario, se pudo demostrar que la medida adoptará por el legislativo en el proyecto de ley favorece las condiciones de vida de los pensionados como sujetos de especial protección constitucional y desarrolla claramente el postulado del Estado Social de Derecho.

La medida adoptada en el proyecto no viola los principios de iniciativa legislativa, progresividad, solidaridad, impacto fiscal ni sostenibilidad fiscal.

En el trámite de la objeción presidencial el Congreso de la República puede formular modificaciones las cuales deben tener unidad temática con el proyecto. En este caso, puede proponerse la modificación en el sentido de establecer la reducción de la contribución en salud del 12% al 4% solo para los pensionados que devenguen hasta 4 smml caso en el cual se entenderá como una insistencia del legislativo sobre la cual deberá pronunciarse la Corte Constitucional.

Proposición

Con base en las anteriores consideraciones, solicitamos a las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, aprobar el presente informe, negando las objeciones presidenciales al **Proyecto de ley número 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.

Cordialmente,

con el proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización del régimen contributivo de salud de los pensionados”.

Cordialmente,

EDINSON DELGADO RUIZ
Senador de la República

ALEXANDER LOPEZ MAYA
Senador de la República

ANTONIO JOSÉ CÓRREA JIMÉNEZ
Senador de la República

BERNER LEÓN ZAMBRANO ERASO
Representante a la Cámara

CARLOS ABRAHAM JIMÉNEZ LÓPEZ
Representante a la Cámara