



Bogotá, D.C., - 1 FEB 2018

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Revisión constitucional de las Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley No. 062 de 2015 Cámara - 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley No. 008 de 2015 Cámara, "Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados".
Expediente OG-155
Concepto No. 6380

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5, de la Constitución Política, y de acuerdo al material probatorio conocido hasta el momento, se procede a rendir concepto en el asunto de la referencia, transcribiendo a continuación el texto objetado:

"Proyecto de Ley No. 062 de 2015 Cámara - 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley No. 008 de 2015 Cámara

Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados".

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional

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

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga de manera expresa toda disposición anterior que le sean contraria".

1. Objeciones gubernamentales presentadas

En oficio OFI17-00087471/JMSC110200 del 17 de julio de 2017 (folio 2.206), el Gobierno Nacional, conformado por el Presidente de la



Concepto No. 6380

República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público (e) Andrés Escobar Arango; El Ministro de Salud y Protección Social, Alejandro Gaviria Uribe; y la Ministra del Trabajo (e) Luz Mary Coronado Marín (fl. 2.244), presentaron ante la Cámara de Representantes escrito de objeciones por inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley No. 062 de 2015 Cámara - 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley No. 008 de 2015 Cámara, *“Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”*. Los reparos a dicho texto son los siguientes:

- 1) Violación de la Constitución en el trámite de aprobación del informe de conciliación por parte de la Plenaria del Senado de la República, en concreto por tres razones: i) carencia de unanimidad en la aprobación del informe de conciliación; ii) elusión del debate en la referida aprobación, con la consecuente indeterminación frente a la voluntad manifestada en la votación, y iii) ratificación en la reapertura y repetición de una votación viciada.
- 2) Transgresión del artículo 154 de la Carta Política, pues el proyecto establece una exención tributaria sin el aval gubernamental requerido. Lo anterior, en la medida que la contribución al sistema general de salud es una contribución parafiscal.
- 3) Violación de los principios de equidad y no regresividad tributaria, pues establece un beneficio tributario indiscriminado sobre un grupo poblacional, sin tomar en consideración la capacidad contributiva específica de sus integrantes ni del resto de los contribuyentes del sistema.
- 4) Vulneración del artículo 48 de la Constitución Política, por desconocer la solidaridad y la progresividad de la seguridad social, en cuanto omite la necesidad del mutuo apoyo entre las personas y los sectores económicos, al disminuir las fuentes de recursos, rompiendo incluso el esquema de subsidios cruzados en que se sustenta el sistema de salud.
- 5) Violación de la sostenibilidad fiscal general del Sistema de Seguridad Social en Salud, por afectar los recursos disponibles para financiar los beneficios en salud a quienes actualmente tienen derecho a ellos.



Concepto No. 6380

6) Inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 1 del proyecto de ley, en la medida que desconoce la irretroactividad de la Ley, en especial la de naturaleza tributaria, porque el referido beneficio solo podría aplicarse a partir de la vigencia de la Ley, y no desde el 1 de enero de 2017, fecha en que no habría entrado a regir la medida.

Frente al primer, punto refiere el Ejecutivo que en la Sesión Plenaria del 7 de junio de 2017 se incluyó en el orden del día la votación del informe de conciliación del proyecto objetado. Cuando se procedió a decidir sobre este, originalmente se “pupitreó”, resultando así aprobado; no obstante, ante el requerimiento posterior de votación nominal y pública la Plenaria, se decidió reabrir el debate.

Al respecto, señala que en la referida votación del 7 de junio se utilizó inválidamente la votación ordinaria, puesto que no existían indicios de una votación auténticamente unánime, y por tal razón, la votación ordinaria sólo funge como una forma de consignar formalmente una suerte de presunción de unanimidad, cuando por el contrario, en el debate se podía confirmar la existencia de oposición a la iniciativa.

Así mismo, censura el Gobierno que en dicha votación se eludió el debate, dado que la Plenaria pasó de la exposición del informe de conciliación, a la votación en forma directa. Si bien reconoce que la Corte Constitucional ha señalado que en el trámite de la aprobación del informe de conciliación esto puede ser un comportamiento válido, advierte que en este caso no es así, en la medida que la continuación del trámite evidencia que existía desinformación y desacuerdo en torno al texto acogido por la comisión de conciliación.

En razón a que el proyecto no se pudo votar nominalmente el 7 de diciembre de 2016, en sesión del 13 de junio de 2017 se continuó el debate. Ese día se pusieron a consideración de la Plenaria una serie de impedimentos, en la medida que el proyecto disminuyó la cotización para todos los pensionados, y no sólo para aquellos que devengarán pensiones bajas, los cuales fueron negados. Relata el Gobierno que la Plenaria no estaba de acuerdo con el texto acogido por la Comisión de Conciliación, que fue el aprobado por la Cámara de Representantes. Lo anterior, porque dicho texto disminuía la contribución en salud en forma universal para



Concepto No. 6380

todos los pensionados, sin establecer distinciones entre las pensiones altas y las bajas. Como la Plenaria del Senado tenía la intención de enmendar el texto aprobado por la Comisión de Conciliación, se nombró una subcomisión de expertos, con el fin que plantearan las alternativas existentes.

En la Sesión 20 de junio, la Plenaria procedió a decidir los impedimentos y a votar el respectivo informe de conciliación. En dicha sesión, la referida subcomisión indicó que no era posible reabrir el debate, y por ello, solicitaba que se ratificara la votación, en el sentido que el voto afirmativo aprobaba dicho informe, y el voto negativo archivaba el proyecto. Con dicha advertencia se procedió a efectuar la votación, obteniéndose un resultado de 59 votos por el sí, y 0 por el no.

El Gobierno es enfático en advertir que esa votación no convalidó los indicados vicios, porque no contó con las condiciones necesarias para ser un debate válido. Lo anterior por dos razones, en primer lugar, que en la sesión no se permitió a los congresistas exponer sus desacuerdos con el proyecto que se votaba, por cuanto el informe de la subcomisión recomendó no *reabrir el debate*.

Frente al segundo punto, manifiesta que las contribuciones al sistema de salud, hacen parte del sistema tributario, en razón a su condición de contribuciones parafiscales. En tal sentido, la aprobación de dichas normas se encuentra sometida a los principios y reglas que rigen la aprobación de cualquier norma de carácter tributario.

Aduce que una disminución en la tarifa de un tributo constituye una exención tributaria, y por ese motivo, a la Ley aprobada le aplican las reglas de iniciativa previstas en el artículo 154 de la Carta Política. Para sustentar ello, cita principalmente tres precedentes jurisprudenciales. El primero, la Sentencia C-748 de 2009, en que se señala que las disminuciones tributarias pueden ser calificadas como exenciones tributarias. La Sentencia C-838 de 2008, en la que se evaluó la constitucionalidad de un proyecto de Ley que pretendía excluir del pago del 0.5% de la cotización al Sistema de Salud, señalando que dicha norma se trataba de una exención tributaria; y por último, menciona la Sentencia C-1707 de 2000, que dio el tratamiento de exención tributaria respecto la



Concepto No. 6380

necesidad de iniciativa gubernamental, al proyecto de Ley que tenía por finalidad excluir del pago de cuotas moderadoras y de los copagos del sistema de salud, a los pensionados y beneficiarios, respectivamente.

Aclara que el Ministro de Trabajo y de Seguridad Social emitió conceptos durante el trámite, pero con la finalidad de solicitar el archivo. Si bien ello no lo hizo por tratarse de un proyecto innoble o indeseable, sino por su inviabilidad financiera. Resalta que no es posible derivar el aval gubernamental de las referidas actuaciones ministeriales, por su contenido contrario al proyecto, y porque en todo caso, dicho Ministerio no puede reemplazar a la cartera de hacienda para tales efectos.

En torno al tercer punto, aduce que se desconoce la progresividad del sistema tributario, porque la disposición no consideró las diferencias a la hora de establecer la exención. En otras palabras, la reforma imprimió al sistema una dosis de regresividad injustificada. Señala que no es posible comparar a los trabajadores con los pensionados, en la medida que los primeros también deben cotizar al sistema de pensiones, mientras que los segundos no. Igualmente, los trabajadores suelen tener mayores obligaciones económicas. Agrega que la seguridad social es un servicio no gratuito, y ante la disminución en la cotización por parte del empleador, resulta necesario para la sostenibilidad del sistema que el usuario asuma la diferencia.

Frente al cuarto punto, arguye que la reforma pone en riesgo la cobertura del sistema, sin una razón constitucionalmente admisible que lo justifique. Sostiene que existe una violación de la solidaridad, puesto que los aportes del régimen contributivo son fundamentales para poder financiar el régimen subsidiado del sistema, ya que el 1.5% de los aportes del referido régimen se destinan con dicha finalidad. Igualmente, la solidaridad se materializa en el hecho de que los aportantes con mayor capacidad subsidian a aquellos que efectúan cotizaciones menores. Más aun, resalta el Gobierno que la contribución de los pensionados, pese a su cotización aparentemente superior, resulta ser la más subsidiada en forma general. No sólo porque poseen amplios beneficios tributarios, sino además dado que su costo al sistema de salud, reflejado en la Unidad por Capitación, es superior al de las persona más jóvenes. En tal sentido, incluso considerando su cotización en forma individual, usualmente resultan



Concepto No. 6380

beneficiados por los subsidios cruzados que tiene el sistema. Por todo lo anterior, las violaciones al principio de solidaridad derivarán en que la disminución de la cotización, deberá ser cubierta con un incremento tributario, imprimiendo mayor regresividad al sistema.

En el mismo sentido, refiere el Gobierno que la disminución deliberada y sin suficiente planeación financiera conducirá a que el sistema de salud infrinja el límite de progresividad, en especial, frente al nuevo estándar de prestación adoptado por la Ley Estatutaria de Salud. Igualmente resalta que el Ministerio de Hacienda conceptuó para segundo y tercer debate, refiriendo que el proyecto “pasa de un esquema constitucional, avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompasa con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que **no prevé una fuente sustituta de recursos**”.

Frente a la quinta objeción, en lo relativo a su dimensión de inconstitucionalidad, señala que el proyecto desconoce el artículo 334 de la Constitución, los artículos 5 y 6 de la Ley Estatutaria de Salud y el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 (Ley Orgánica), afectando gravemente la sostenibilidad del sistema. Aduce que dicha sostenibilidad debe orientar las actuaciones de todos los poderes públicos, incluido el Congreso de la República.

Refiere que el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 obliga a que los proyectos de ley que generen gastos deben incluir un análisis fiscal explícito, que lo concilie con el marco fiscal a mediano plazo, y que refiera la fuente de ingresos adicionales que se requieran para financiarlos. En tal sentido, aun cuando el Ministerio de Hacienda en repetidas ocasiones hizo saber al Congreso el fuerte impacto fiscal de la medida, el Congreso se limitó a reconocerlo, pero sin señalar la forma como podía ser sostenible. Por lo mismo, se desconoció el mandato del artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), que obliga al Estado a adoptar las políticas y regulaciones necesarias para financiar sosteniblemente el sistema de salud.

Para ejemplificar lo anterior, aduce que el Proyecto tendrá un costo, a 20 años, de cien billones de pesos, a valor presente del 2017. Asevera que el proyecto tendrá el siguiente valor en los próximos años (los valores están



Concepto No. 6380

expresados en millones de pesos corrientes): 2017: \$3.115.664; 2018: \$3.337.447; 2019: \$3.552.224; 2020: 3.782.744; 2021: \$4.038.843; y 2022: 4.403.521. Así mismo manifiesta que en el 2017 el total de cotizaciones se estiman en 19 billones de pesos, de los cuales 4.6 billones corresponden a las cotizaciones de los 2 millones de pensionados cotizantes. Por ello, la reducción al 4% del ingreso de cotización, derivaría en la disminución el del 3.1 billones de recaudo.

Si además de ello, se tiene en cuenta que el proyecto plantea su aplicación retroactiva, se genera un doble impacto, ya que los recaudos efectuados en el primer semestre (1.6 billones de pesos) han sido destinados al pago de servicios de salud de los afiliados. Tal situación, deriva en la solicitud subsidiaria que se formula, consistente en que el proyecto no pueda afectar las situaciones jurídicas ya consolidadas.

2. Insistencia en la aprobación del proyecto de ley objetado

Una vez presentadas las objeciones presidenciales, estas fueron publicadas en la Gaceta del Congreso 1086 de 2017 (fl. 2.290) y en la Gaceta 576 de 2017 (fl. 2.328).

Fueron designados ponentes para rendir informe sobre las objeciones, los Senadores Edison Delgado Ruíz, Antonio José Correa Jiménez y Alexander López Maya; y los Representantes Berner León Zambrano Eraso y Carlos Abraham Jiménez López (fl. 2.286).

En el informe de objeciones el Congreso, en primer lugar, se efectuó una descripción del proceso de aprobación del proyecto. Acto seguido, se procedió a evaluar una a una las censuras gubernamentales.

Respecto de la primera objeción señalan que no hubo vicio en la aprobación de la conciliación por tres razones: 1) no existe obligación de debatir los informes de las comisiones interparlamentarias creadas para definir o evaluar asuntos sobre el debate en las comisiones o plenarias; 2) El proyecto conciliado fue conocido ampliamente por la Plenaria del Senado, puesto que éste fue presentado en la respectiva sesión, y además, por cuanto se cumplió el requisito de publicación del informe. En este sentido, no se puede tomar la opinión de dos senadores como una



Concepto No. 6380

caracterización de la Plenaria en General; y 3) En todo caso, la segunda votación ratificó la unanimidad consignada en la primera votación.

Respecto de la segunda objeción, refieren que la Ley no se trata de una exención sino de una reducción, y por tal razón no requiere iniciativa del Gobierno. Así mismo aseveran que sí existió aval gubernamental.

Manifiestan que el aval debe provenir del Ministro que conforme el Gobierno para el caso concreto; y en este caso, se trata del Ministro de Trabajo. Al respecto transcriben el concepto jurídico 2000000-190570 radicado el 5 de octubre ante la Comisión Séptima Constitucional, en el que califica la iniciativa de loable; y en el que resalta que el proyecto resulta importante por la realidad de disminución de ingresos de la población pensionada, así como de su capacidad u oportunidades laborales.

Reconoce el Congreso que el Ministerio de Hacienda se opuso al proyecto de Ley, pero que en este caso, el aval debe provenir de la cartera con conexión temática con el Proyecto, es decir, del Ministerio del Trabajo.

Finalmente, señalan dos hechos adicionales de los cuales se puede derivar el aval gubernamental. En primer lugar, la alocución presidencial del 06 de junio de 2014, en un evento con pensionados en el contexto de la segunda vuelta presidencial, en la que se expresó: "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". Dichas palabras pueden consultarse en el minuto 8:50 del video que se encuentra en el enlace electrónico de la plataforma youtube: https://www.youtube.com/watch?time_continue=4&v=Aln7hsLdLHo.

Igualmente señalan que el Ministro de Hacienda y Crédito Público avaló el proyecto, al señalar que se comprometía a trabajar con los ponentes del mismo, en el marco de las discusiones de la reforma tributaria. Sus palabras pueden evidenciarse en el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=DGxLkKvECVE>, en dicho video puede advertirse que el Ministro felicitó al Congreso por no incluir dicho beneficio en la reforma tributaria, porque hubiera generado vicios de inconstitucionalidad. Acto seguido, refiere la existencia de otro proyecto de



Concepto No. 6380

Ley, y señala que *“desde el Gobierno Nacional se trabajará con los ponentes de ese proyecto de ley para encontrar en ese cuarto debate una fórmula que permita ir avanzando en el objetivo de ese proyecto de ley, para que podamos ir mejorando las condiciones de los pensionados colombianos, en cuanto a sus aportes a salud”*.

Finalmente, citan el “Acta de Acuerdo de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales –CPCPSL- de diciembre de 2013, suscrita por el Presidente y el entonces Ministro del Trabajo, Rafael Pardo, en la que se señala como un acuerdo el apoyo a la solicitud de la Confederación Democrática de Pensionados y las centrales obreras CGT y CTC de eliminar el aporte obligatorio a salud para los pensionados.

Frente a la tercera objeción aduce el Congreso que el proyecto lejos de ser regresivo en materia tributaria, es progresivo, ya que entrega un alivio a una probación que por regla general es vulnerable, que goza además de una especial protección constitucional. Muy por el contrario, el proyecto favorece el mínimo vital y móvil del referido grupo. Así mismo, asegura, no se puede perder de vista que los pensionados resultan especialmente golpeados con los incrementos tributarios recientemente aprobados, en la medida que su fuente de ingresos no aumenta en la misma proporción.

De otro lado, aduce el Congreso que el principio de progresividad tributaria debe matizarse en esta oportunidad, ya que se trata de las contribuciones parafiscales de los pensionados. Al respecto, el tributo en estudio más que perseguir la prosperidad económica del país, lo que busca es favorecer el descanso remunerado de los pensionados.

Así mismo, resalta que la reducción autorizada puede compensarse con la buena gestión de la cuenta del FOSYGA. En concreto, se advierte que dicho presupuesto fue superavitario en los últimos cuatro años: en 2010 de 2.2 billones; en el 2011 de 3.6 billones; en el 2012 de 3.9 billones, y en el 2013 de 3 billones. En el mismo sentido, el artículo 334 obliga al Estado a una administración eficiente de los recursos en beneficio de las personas que tienen menores ingresos.

En torno a la cuarta objeción, refiere que es cierto que los pensionados han sido un actor solidario del sistema de seguridad social, no obstante,



Concepto No. 6380

ello no quiere decir que el Legislador tenga prohibido alivianar la carga de una población que debería gozar de especial protección constitucional.

Al respecto de las censuras gubernamentales, el Congreso estima que parágrafo del Acto Legislativo 03 de 2011 prohíbe que se utilice el criterio de sostenibilidad fiscal para menoscabar el goce efectivo de los derechos fundamentales. En tal sentido, no se puede perder de vista que la seguridad social ha sido considerada como un derecho fundamental, irrenunciable y exigible, y más que como una prerrogativa laboral, debe ser entendida como una garantía derivada de la dignidad humana.

Frente a la quinta objeción, resalta el órgano legislativo que la competencia en la que éste se basó para la aprobación de ley en cuestión, fue la prevista en el artículo 338 que le permite fijar el tope de las tarifas que las autoridades pueden exigir como contribuciones para recuperar los costos de los servicios que presten. Si se tiene en cuenta que dichos recursos no hacen parte del presupuesto general de la Nación, por ser parafiscales, no es posible aplicarles las reglas fiscales ordinarias. Así mismo, que lejos de haber una violación a la solidaridad, la objeción planteada es la que contiene tal vicio, tratando de aplicar al régimen de “exacciones presupuestales” un régimen tributario ordinario” y perdiendo de vista que los pensionados son una población vulnerable.

Por otra parte, resalta el Congreso, que de conformidad con las cifras del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la disminución en el recaudo que genera el proyecto será rápidamente cubierta con el aumento del mismo, logrado como fruto de la lucha contra la evasión y la elusión. Al respecto se cita el Boletín de Seguridad Social en Salud del referido Ministerio de agosto de 2014. De allí destaca que el fenómeno de crecimiento de recaudos se comprueba al confrontar que en los años 2010 a 2012 se pasó de 10.9 a 14.7 billones. Al respecto, resaltan que el verdadero problema no es la disminución de los aportes a los pensionados, sino la evasión y elusión de aportes. Igualmente se resalta que los pensionados usualmente tienen menos beneficiarios a su cargo en el sistema de seguridad social.

Por lo anterior, la apelación hecha al principio de sostenibilidad no es de recibo, pues no sólo desconoce los derechos de los ancianos, sino que



Concepto No. 6380

además pretende desnaturalizar el proyecto, como si se tratara de un mero asunto tributario.

Finalmente, respecto de la sexta objeción, se cita la Sentencia C-549 de 1993, en la que se precisó que la irretroactividad tributaria se morigera cuando se trata de un efecto más benigno para el contribuyente.

3. Consideraciones constitucionales

3.1 Consideraciones formales frente a las objeciones

Frente a la suscripción de las objeciones, el Ministerio Público encuentra que se ha respetado el artículo 115, ya que las objeciones fueron suscritas por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público (e) Andrés Escobar Arango; El Ministro de Salud y Protección Social, Alejandro Gaviria Uribe; y la Ministra del Trabajo (e) Luz Mary Coronado Marín (fl. 2244), carteras que para el caso concreto conforman el Gobierno.

Frente a la temporalidad de su presentación, el Ministerio Público no puede rendir un concepto exacto de constitucionalidad, en la medida que la firma manuscrita que parece ser el recibido carece de medios de convicción que permitan inferir que se trata de un recibido del Congreso de la República. Ahora bien, si se asume que dicho recibido efectivamente corresponde a un recibido por parte de una oficina parlamentaria, se encuentra cumplido el artículo 166 de la Carta Política, pues según consta en folio 2205, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República recibió el referido proyecto para sanción presidencial el día diez de julio de dos mil diez y siete, y según se advierte en folio 2.206, las objeciones fueron presentadas el diez y ocho de julio del mismo año. Teniendo en cuenta que el artículo 166 de la Carta Política, según la interpretación de la Corte Constitucional¹, confiere al Presidente de la República el término de seis días hábiles para objetar los proyectos de ley que no posean más de 20 artículos. En este caso dicho plazo fenecía el día en que se presentaron las referidas objeciones.

¹ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-433 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-838 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Concepto No. 6380

Respecto de la aprobación del informe de objeciones, en certificación secretarial de la Cámara de Representantes obrante a folio 2.290, se encuentra que el 13 de diciembre de 2017 fue aprobado el informe de Objeciones Presidenciales, por parte de la Plenaria, según puede confrontarse en el Acta 273 de 2017 de la Plenaria de la Cámara de Representantes; y que la aprobación del informe fue anunciado el 12 de diciembre del mismo año, como consta en el Acta 272 de esa fecha (fl. 2.290).

Así mismo del folio 2.328 se puede inferir que las objeciones fueron aprobadas por la Plenaria del Senado en sesión del 6 de diciembre de 2017, como podría confrontarse en el Acta 43 de la misma fecha, con anuncio previo el día interior, como podría constatarse en el Acta 42 del 05 de diciembre de 2017.

No obstante, en el expediente no obran dichos documentos para poder verificar la corrección formal del trámite de insistencia, razón por la cual será un asunto que deberá ser confrontado por la Corte Constitucional, haciendo uso de su facultad probatoria.

3.2 Consideraciones sustanciales

Para el Ministerio Público las objeciones de constitucionalidad presentadas por el Gobierno resultan infundadas, como pasará a explicarse, o en forma subsidiaria, las mismas no conducirían a la inexequibilidad del proyecto, sino a la aplicación de la modulación de los efectos del fallo, ya sea de manera oficiosa o en el marco de un incidente de impacto fiscal.

a) Convalidación de la votación aprobatoria del informe de conciliación en la Plenaria del Senado de la República.

Censura el Ejecutivo que Senado de la República aprobó inválidamente el informe de conciliación por haber utilizado la votación ordinaria, cuando no había evidencias reales de unanimidad, y por el contrario, al existir inconformidades demostradas con el texto que se aprobaba. A pesar que en el expediente no obran plenamente los documentos de convicción que permitan corroborar los hechos señalados por el Gobierno, de un análisis



Concepto No. 6380

sistemático del expediente es posible inferir que el vicio alegado fue convalidado.

Señala el Ejecutivo, que la Plenaria del Senado aprobó el informe de conciliación mediante votación ordinaria, y que aparentemente lo hizo con disconformidades respecto al contenido votado. Pese a no obrar en el expediente, en el Acta 82 del 7 de junio de 2017, publicada en la Gaceta 1020 de 2017, es posible corroborar que dichas aseveraciones son ciertas. En la referida Acta se encuentra que informe de conciliación del proyecto en estudio fue aprobado con votación ordinaria; y que transcurrida la sesión, el Senador Antonio Navarro Wolf solicitó reabrir la discusión del proyecto, en especial, para poder atender los impedimentos de los Congresistas pensionados, petición que igualmente fue aprobada por votación ordinaria.

De otro lado, del informe de insistencia se puede inferir que los demás hechos relatados por el Ejecutivo son ciertos, es decir, que se nombró una comisión interparlamentaria con el objetivo de establecer si podía reabrirse el debate del proyecto ya aprobado, y en especial, para definir si era procedente o no modificar el texto acogido por la comisión de mediación. Lo anterior, dado que en la conciliación se acogió el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara y no el del Senado, que a diferencia del anterior, sólo extendía el beneficio a los pensionados que devengaran pensiones inferiores a los cuatro (4) salarios mínimos mensuales vigentes. Así mismo, del informe de insistencia se corrobora la nueva votación a la que hace alusión el Ejecutivo. En todo caso, dicha información debería poder corroborarse en el Acta 86 del 20 de junio de 2017, que no obra en el expediente conocido por la Procuraduría.

Para resolver esta objeción es relevante recordar que la jurisprudencia ha sostenido que los reparos de constitucionalidad a una norma por vicios de procedimiento en el trámite legislativo, deben evaluarse de conformidad con el principio de instrumentalidad de las formas. Ese principio reconoce la importancia que tiene las reglas de procedimiento en el trámite legislativo por su valor en el Estado constitucional; sin embargo, también advierte que una interpretación excesivamente rigurosa sobre su peso, supone que estas reglas cobren valor en sí mismo y, por ello, pueden



Concepto No. 6380

convertirse en un obstáculo para el cumplimiento de los fines materiales que persiguen las normas jurídicas.

Es por esta razón que la Corte ha señalado que “(...) *las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo, y por tanto, este principio enunciado tiene plena aplicación en la interpretación de las reglas constitucionales que gobiernan la aprobación de las leyes*”².

Así las cosas, el principio de instrumentalidad de las formas implica, en la práctica, que existan vicios de procedimiento en el trámite legislativo y que pueden convalidarse posteriormente con ocasión de este trámite. Los vicios son subsanables porque no tienen la entidad suficiente para alterar la voluntad de las cámaras, pues en actuaciones posteriores ha podido manifestarse la voluntad de forma adecuada.

En este sentido, el tribunal constitucional ha indicado que “*incluso un vicio muy grave, como podría ser una votación irregular, puede ser ‘convalidado en el proceso mismo de formación de la ley, en la medida en que se haya cumplido el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, o la irregularidad haya sido expresamente subsanada por una autoridad que tenía competencia para efectuar ese saneamiento’* la Corte, si ‘*el vicio de procedimiento existió pero fue convalidado, es obvio en función de la prevalencia del derecho sustancial (CP art. 228), no tiene sentido que la Corte declare la inconstitucionalidad de la disposición acusado*’”³.

En aplicación de este principio, el Ministerio Público constata que el vicio de aprobación indebida del informe de conciliación resultó convalidado por parte de la misma Plenaria del Senado en la votación nominal y pública, mediante la cual se aprobó nuevamente el texto aprobado previamente, en la que ya no queda duda ninguna acerca de que la Plenaria fue plenamente consciente del texto que aprobaba.

Si bien es cierto en la sesión del 13 de junio del 2017 es posible que se haya aprobado en forma indebida e incluso sin plena certeza del contenido

² Corte Constitucional, Sentencia C-786 de 2012.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Concepto No. 6380

aprobado, en la sesión del 20 de junio de 2017, que se puede confrontar en el Acta 86 de la misma fecha, se corrigieron tales vicios. En primer lugar, en esa segunda sesión se publicitó ampliamente el informe de la subcomisión interparlamentaria, con el consiguiente texto acogido por la comisión de mediación. Ello derivó en que existiera plena conciencia de la dicha Corporación en el texto que aprobaba. Así mismo, la votación efectuada, fue de naturaleza nominal y pública, obteniéndose un resultado de 59 votos por el sí, y 0 por el no. Con ello, no sólo se obtuvo la mayoría necesaria para la aprobación del referido proyecto, sino que además se subsanó el vicio de la aparente unanimidad irregular censurada por el Gobierno, en la votación ordinaria de la Sesión del 7 de junio de 2017.

Como la aprobación indebida del informe de ponencia se subsanó con posterioridad dentro del trámite legislativo, y dado que la voluntad de las cámaras se expresó adecuadamente, el Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional que declare infundada la objeción.

b) El párrafo del artículo 334 de la Constitución Política como criterio hermenéutico para evaluar las exigencias formales y sustanciales de sostenibilidad fiscal censuradas por el Gobierno Nacional.

En segundo lugar, el Ejecutivo plantea los siguientes vicios de constitucionalidad:

- Violación del artículo 154 de la Carta Política, norma que requiere la iniciativa gubernamental para esta clase de proyectos, por tratarse de una disposición que implica una exención tributaria.
- Incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, que establece las exigencias legislativas para el “Análisis del impacto fiscal de las normas”. Tal disposición ordena que los proyectos de Ley que impliquen beneficios tributarios, deberán i) hacer explícita su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo; ii) incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento; iii) concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el que se



Concepto No. 6380

señale la compatibilidad de la medida con el marco fiscal de mediano plazo.

- Violación de las normas estatutarias de la Ley 1751 de 2015, que obligan a prever el correcto financiamiento del sistema de salud, y la consiguiente amenaza a la correcta prestación del servicio.
- Afectación material de la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud, en la medida que se generaría un desfinanciamiento del mismo, que iniciaría con 3.1 billones de pesos en el 2017, y que alcanzaría los 4.4 billones para el 2022, acumulando en 20 años un déficit de 100 billones de pesos, a valor presente.

Para el Ministerio Público dichos aspectos deben ser resueltos en forma conjunta, porque aluden a un vicio transversal, como es el desconocimiento de la sostenibilidad fiscal. Mientras los dos primeros corresponden a la eventual afectación de ciertas garantías formales del trámite de la Ley, que en atención al principio de la instrumentalidad de las formas están contempladas para proteger el principio al que hace referencia el artículo 344 superior; los dos últimos se refieren a la sostenibilidad fiscal, como exigencia sustancial que debe guiar la elaboración de la Ley. A continuación se profundizará la forma en que los vicios formales señalados deben analizarse.

La primera censura (la falta de iniciativa gubernamental del proyecto de ley) se relaciona con la sostenibilidad fiscal, en la medida que la causal alegada es *la iniciativa gubernamental en los proyectos de Ley que implican exenciones tributarias* (art. 154 de la C.P.). Al respecto, no es posible entender que la Carta Política exige tal iniciativa como mero un capricho burocrático, sino que lo hace con una finalidad. En efecto, su teleología es la de evitar la improvisación tributaria, la afectación del servicio a través de disminuciones indebidas del recaudo, y la imposibilidad del cumplimiento de los fines estatales. Todo ello justamente materializa la sostenibilidad fiscal.

En el mismo sentido las previsiones del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, tienen por objetivo establecer las exigencias legislativas para el "*Análisis del impacto fiscal de las normas*", es decir, respetar el citado criterio constitucional.



Concepto No. 6380

Ahora bien, en la medida que la sostenibilidad fiscal es el criterio que permitirá analizar las cuatro objeciones referidas, ya sea como principio salvaguardado a través de ciertas formas, o como garantía sustancial autónoma, se hace necesario determinar su alcance como fuente de control de las leyes y proyectos normativos que pretenden materializar beneficios sociales.

i) Alcance de la sostenibilidad fiscal como criterio constitucional en las leyes y proyectos de ley que implican la materialización de beneficios sociales.

El artículo 334 de la Constitución, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2011, señala lo siguiente:

“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.”

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. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

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

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.



Concepto No. 6380

Parágrafo. 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” (resaltados por fuera del original).

De la lectura conjunta de los apartes resaltados del artículo transcrito, puede inferirse que el acento constitucional de la **sostenibilidad fiscal** como criterio constitucional, no es el de una *herramienta para impedir la materialización del Estado Social de Derecho*, sino que por el contrario debe asumirse como un mandato de colaboración armónica entre las ramas del poder público para alcanzar progresivamente su materialización; más aun, la sostenibilidad fiscal *no debe ser entendida como un principio hábil para restringir el alcance o protección efectiva de los derechos fundamentales*, sino más bien, como un imperativo de búsqueda de alternativas para su efectiva concreción.

Justamente, como ese marco constitucional impide que se aduzca la sostenibilidad fiscal como un medio para **evitar la progresividad del Estado Social de Derecho** o para impedir **la materialización de los derechos fundamentales**, no resulta fácil definir el alcance de dicho criterio como fundamento para declarar la inexecutable de las leyes o para objetar los proyectos de ley, que busquen precisamente introducir una progresividad y promuevan conquistas sociales que materialicen el Estado Social de Derecho, ampliando el radio de efectividad de los derechos fundamentales. Si la primera aproximación que se hace de la sostenibilidad fiscal es la de impedir el avance de las garantías propias de un Estado Social de Derecho, se estaría de esta manera contraviniendo el sentido del referido canon constitucional.

En otras palabras, al tener en cuenta que la sostenibilidad fiscal no puede ser vista como un criterio que impida la materialización progresiva del Estado Social de Derecho y la aplicación expansiva de los derechos fundamentales, debe concluirse que su ámbito se dirige, en forma principal, a conminar a los poderes públicos a desplegar su acción en el marco del principio de colaboración armónica para lograr dichos fines, y no a inviabilizar las políticas sociales; y que sólo después de la imposibilidad real de progresividad de los objetivos del Estado Social de



Concepto No. 6380

Derecho, mediante de un ejercicio de colaboración entre los poderes, resultaría posible atribuir a dicho principio constitucional, el alcance de evitar aquella progresividad en los eventos en los que exista un verdadero riesgo de sostenibilidad fiscal del Estado.

Al respecto, el Ministerio Público encuentra que el artículo 334 de la Carta, desarrollado por la Ley 1695 de 2013 establece unas medidas de colaboración armónica entre los poderes que tienen por finalidad permitir la materialización del Estado Social de Derecho, justamente en aquellos escenarios en que la sostenibilidad fiscal pudiere resultar afectada. En concreto, tales disposiciones permiten al juez constitucional modular los efectos de sus fallos, ya sea en forma oficiosa o a través de un incidente de impacto fiscal, para que las garantías sustanciales que deban ser amparadas se puedan implementar a través de procesos flexibles, en lugar de enfrentarse con el criterio de sostenibilidad fiscal, como una barrera de todo o nada.

Si se asume una interpretación contraria, es decir, la de entender a la sostenibilidad fiscal como un principio llamado a excluir o evitar los avances sociales, ello violaría directamente el sentido de la reforma del Acto Legislativo 03 de 2011, en el marco de un Estado Social de Derecho, pues vaciaría la condición instrumental de la regla fiscal, y le despojaría de su pretensión de progresividad.

En otras palabras, si la Corte Constitucional encontrase que el único vicio del proyecto como el que se estudia es la sostenibilidad fiscal, antes de declarar la inconstitucionalidad de la medida, debe evaluar la posibilidad de modular su aplicación, justamente para armonizar la progresividad con la viabilidad de las políticas legislativas objeto de juicio.

De otro lado, el Ministerio Público encuentra muy importante resaltar que este contenido de la sostenibilidad fiscal corresponde a una reforma constitucional del año 2011. Si bien ello no significa que se trate de una suerte de norma “supraconstitucional” en razón a su carácter posterior, sí comporta un elemento constitucional novedoso, respecto de las normas o interpretaciones anteriores, en el entendido que adquiere un nuevo significado desde el punto de vista sistemático, respecto del contenido que previamente se daba a tal garantía superior.



Concepto No. 6380

En relación con las censuras esgrimidas por el Gobierno, en lo referido a la falta de iniciativa conforme al artículo 154 de la Carta Política, y la carencia del concepto exigido en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, el Ministerio Público estima que la forma como han sido propuestas, obedecen a una lectura que desconoce el sentido constitucional del Acto Legislativo 03 de 2011, y que por lo mismo, no responden a la resignificación que ha de darse al señalado principio.

Cuando el Gobierno explica la necesidad de aval gubernamental, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme al artículo 154 superior, lo hace justificando que la disposición objetada es una exención tributaria, y cita los precedentes contenidos en las Sentencias C-748 de 2009, C-838 de 2008 y C-1707 de 2000, lo que a su juicio reconocería una especie de poder de veto del Ejecutivo.

Si bien es cierto el Ministerio Público no comparte que el proyecto pueda catalogarse como una disposición que implique una exención tributaria, ni como un proyecto que contemple un beneficio tributario, porque en realidad se trata de la disminución del aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Independientemente de lo anterior, debe resaltarse que dichas sentencias fueron proferidas en procesos decididos en forma previa a la referida resignificación del criterio de la sostenibilidad fiscal antes señalada, y por ende, en todas ellas, resultaba legítimo que la falta de iniciativa en asuntos relacionados con la sostenibilidad fiscal, se interpretaran como un auténtico poder de veto de las iniciativas que tenían por objeto la materialización progresiva del Estado Social de Derecho, antes que como un mandato que obligara al Ejecutivo a emprender acciones de colaboración armónica para favorecer la materialización de conquistas sociales propias de un Estado Social de Derecho.

Sin embargo, el nuevo marco constitucional implica que las garantías formales previstas para salvaguardar la sostenibilidad fiscal, entre ellas la contemplada en el artículo 154 superior, no puedan entenderse más como un poder de veto del Ejecutivo a las propuestas con objetivos sociales; sino



Concepto No. 6380

como herramientas para mejorar el diálogo interinstitucional y promover nuevas formas de concertación.

Como la exigencia de acrecentamiento de la colaboración armónica entre el Gobierno y el Congreso, debe tener por finalidad la búsqueda de alternativas para atender las iniciativas que tiendan a mejorar la calidad de vida de los grupos de especial protección constitucional; la falta de iniciativa gubernamental en proyectos que materialmente tengan por finalidad la materialización directa de objetivos del Estado Social de Derecho, suponen que los poderes involucrados deben buscar fórmulas de subsanación mediante la colaboración armónica, antes que optar por la inconstitucionalidad pura y simple, derivada de la falta del formalismo señalado.

Tales conclusiones se refuerzan al confrontar la jurisprudencia de esa Corporación, según la cual la iniciativa exclusiva del artículo 154, puede ser entendida también como la aquiescencia gubernamental a los proyectos que se tramitan en el Congreso⁴, lo cual en el fondo es un mecanismo de colaboración armónica entre los poderes.

De otra parte, puede decirse lo mismo sobre de la exigencia de concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en relación con los proyectos que impliquen *beneficios tributarios*, prevista en el numeral 7 de la Ley 819 de 2003, ya que ésta es un requisito formal que también pretende evitar los posibles efectos fiscales negativos que puedan generarse.

Si bien el Ministerio Público considera que dicha exigencia tampoco resulta aplicable en este caso, por tratarse el proyecto de una ley que disminuye el aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud, y no de un beneficio tributario en estricto sentido, como se explicará más adelante.

Con el vicio que se estudia ocurre lo mismo que con la interpretación del artículo 154 Superior, pues la exigencia de emisión de concepto favorable por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público está prevista en una ley del año 2003, la cual debe ser reinterpretada a la luz de la posterior

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2003.



Concepto No. 6380

reforma constitucional. En tal sentido, se reitera, tampoco puede ser entendida como un poder de veto parte del Ejecutivo, sino como un deber de colaboración armónica con el fin de materializar progresivamente los objetivos del Estado Social de Derecho.

Finalmente, en aplicación del principio de la instrumentalidad de las formas que rige el trámite legislativo, el Ministerio Público comparte con el Ejecutivo que la iniciativa o aval exigido para las leyes que implican exenciones tributarias (art. 154 Superior), y el concepto requerido para las que determinan beneficios fiscales (art. 7, Ley 819 de 2003) se encuentra en cabeza, principalmente, de la cartera de Hacienda, pues es la gestiona la política tributaria.

Nótese que las leyes que implican beneficios o exenciones tributarias pueden estar relacionadas con otros temas sustanciales, como los asuntos laborales o de seguridad social, como ocurre en este caso. No obstante, estas últimas temáticas no están sometidas a iniciativa ni a aval gubernamental en sí mismas. Ello supone que la relación con el aval, se deriva de la temática tributaria, y por ende, en principio el ministro que podría materializar dicha exigencia es el de Hacienda y Crédito Público. En otras palabras, al no requerirse aval por la temática de la ley acusada, sino en razón de su connotación tributaria, aquel estaría reservado a la cartera de hacienda.

Pese a que la jurisprudencia ha sido enfática en que dicho aval carece de formalismos especiales y que incluso se puede dar con la sola presencia del Ministro en los debates⁵, ello no puede ser entendido desde una perspectiva formalista, lo que en todo caso significa que el apoyo, expreso o tácito, debe referirse al aspecto financiero.

Ahora bien, en función del mismo principio de la instrumentalidad de las formas, también puede encontrarse que en algunos casos el requisito de aval o concepto favorable, puede satisfacerse con el acompañamiento gubernamental de una cartera ministerial diversa a la de Hacienda. Ello ocurriría en aquellos eventos en los que la política fiscal del sector se encuentre coordinada también por ese otra cartera que acompaña, y que el

⁵ Ibídem.



Concepto No. 6380

aval de dicho ministerio esté dotado de un contenido que específicamente se encuentre dirigido a la sostenibilidad fiscal de la iniciativa. Lo anterior, por cuanto la exigencia del artículo 154 y de la Ley 819 de 2003 va encaminada a salvaguardar dicho criterio.

De conformidad con lo anterior, se procederá a evaluar si en el presente asunto se cumplió o no el referido requisito del aval gubernamental, y en caso negativo, si existió o no un vicio de inconstitucionalidad y si este podría llegar a ser subsanable.

ii) Análisis concreto del aval gubernamental en el proyecto de Ley y del concepto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público

En primer lugar, la Procuraduría estima que en presente caso no se requería del aval del Gobierno, pese a que tal postura sea contraria a la sostenida por la Corte Constitucional en otras oportunidades.

El artículo 154 de la Carta Política señala que ***“sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”*** (negrilla por fuera del original).

Para el Ministerio Público, la presente ley se expide con fundamento en el numeral 12 del artículo 150, el cual no está sometido a iniciativa gubernamental. En efecto, dicha norma señala que *“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”* (negrilla por fuera del original).

Esa disposición debe leerse en concordancia con el artículo 338 de la Carta, según el cual *“En tiempo de paz, **solamente el Congreso**, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales **podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley**, las ordenanzas*



Concepto No. 6380

y los acuerdos **deben fijar, directamente**, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y **las tarifas de los impuestos**" (negrillas por fuera del original).

Así, de una lectura sistemática del artículo 150-12 y el artículo 338 C.P., se deduce que el proyecto de Ley contempla una variación del monto de una contribución parafiscal, o más precisamente, una modificación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, y no de una exención de un impuesto, contribución o tasa, en los términos del artículo 338 de la Carta Política⁶. Ello deriva en que la iniciativa también concorra en el Congreso.

Así mismo, resulta extraño entender la norma como una exención, en la medida que sería una suerte de exención parcial del aporte y no del deber de aportar. Situación que permite corroborar lo señalado.

En suma, como el proyecto normativo contiene una disposición que desarrolla una competencia privativa del Congreso (artículo 150-12 y 338 de la C.P.), no podría exigirse el requisito de la iniciativa, que según la jurisprudencia constitucional, debe ser aplicado en forma restrictiva, como toda limitación a la competencia del Congreso en su función legislativa.

Ahora bien, como la Corte Constitucional en las sentencias señaladas por el Ejecutivo, ha asimilado este tipo de leyes a aquellas que implican exenciones tributarias, y por ende también a las que prevén beneficios fiscales, el Gobierno parecería tener razón en que el proyecto sería de aquellas iniciativas que requieren el aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o de una cartera con competencia para coordinar la política fiscal del sistema de seguridad social en salud. No obstante, la

⁶ "En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos."

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".



Concepto No. 6380

revisión del informe de insistencia del Congreso, hace que las circunstancias particulares del caso conduzcan a concluir lo contrario.

Al revisar el expediente, es claro que en el presente caso no existió un aval gubernamental de la iniciativa, según lo dispuesto en el artículo 154 de la Carta Política, en consonancia con el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, pues ninguna de las intervenciones ministeriales que se dieron en el *iter legislativo* contuvieron un visto bueno desde la perspectiva fiscal.

Por ejemplo, en el concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, publicado en la Gaceta 273 del 16 de mayo de 2016, páginas 1 a 3, suscrito por el Ministro Alejandro Gaviria Uribe, se lee que la referida cartera solicitó su archivo, justamente por motivos de sostenibilidad fiscal:

*“(...) la propuesta de disminución del 8% de la cotización estaría suponiendo, en primer lugar, que no se estarían garantizando los recursos necesarios para el reconocimiento de la UPC de los mismos pensionados y, en segundo lugar, el de desconocimiento del principio de **Solidaridad** [3] del SGSSS, considerando además que esta se constituye en una de las fuentes de recursos de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga, con lo que se afectaría la sostenibilidad[4] del SGSSS, la financiación y atención de los servicios de salud del Régimen Subsidiado.*

A su turno, es importante señalar que si se analizan ambos proyectos de ley, los mismos afectarían de forma negativa las finanzas del SGSSS, en la medida que este dejaría de recibir una suma anual de recursos, de gran impacto de acuerdo con la información arrojada por la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) a 30 de marzo de 2015, así:

*De un lado, el **Proyecto de ley 008 de 2015 Cámara** que cubriría a todos los pensionados sin tener en cuenta la mesada, implicaría que el Sistema dejaría de percibir **\$1.971.372 millones de pesos anuales**. Y del otro, el **Proyecto de ley 062 de 20015 Cámara**, que favorecería solamente a los pensionados que perciben una mesada pensional de hasta 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes, el Sistema dejaría de recibir **\$1.895.305 millones de pesos anuales**.*

Cabe indicar que en el proyecto de ley tampoco se plantea lo atinente al efecto financiero, acorde con lo consagrado en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ‘por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones’ y, por ende, es factible que, dentro del iter legislativo se plantee dicha falencia.



Concepto No. 6380

Que por las razones expuestas de orden constitucional y de inconveniencia, no es viable y por tanto se solicita, respetuosamente su archivo”.

Por su parte, en el concepto jurídico del Ministerio de Trabajo, publicado en la Gaceta 273 del 16 de mayo de 2016 páginas 4 a 7, suscrito por el Luis Ernesto Gómez Londoño, Viceministro de Empleo y Pensiones, se señala que el proyecto es loable, pero que es incompatible con el régimen fiscal a mediano plazo, debiendo buscarse alternativas para materializar la iniciativa en forma progresiva y con impacto en los sectores menos favorecidos:

“(...) los aportes a salud efectuados por los pensionados son necesarios para la financiación del sistema, con base, entre otros principios, en la solidaridad y universalidad propias del sistema de salud, por lo cual disminuir el aporte del 12 al 4% mensual de la mesada pensional, tal como se propone en el proyecto de ley, se consideraría en principio loable, sin embargo, tal disminución debe sujetarse al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de sujeción a las normas de carácter presupuestal.

En relación con el impacto fiscal de las normas, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones, determina:

ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

Este Ministerio propone que en la medida en que los recursos del Estado lo permitan, la aplicación de la norma propuesta se efectúe de manera gradual, tanto en la disminución del monto del aporte como su aplicación en el tiempo, dando prioridad a las personas que devengan mesadas pensionales de 1 y 2 smmlv con el fin de brindar una protección en primera instancia a las personas menos favorecidas de tal forma que se les imponga una carga soportable, como sería el descuento del 4% del valor de sus mesadas pensionales.

IMPACTO ECONÓMICO



Concepto No. 6380

De conformidad con lo señalado en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 en la Exposición de Motivos de los proyectos de ley deberá incluirse el costo fiscal y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. El Presidente de la República inicialmente apoyó la iniciativa de modificar la tarifa sobre la cual cotizan los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, del 12% al 4% dado que generaría disminución de la brecha existente, entre el ingreso de los trabajadores y las mesadas pensionales equivalentes a 1 y 2 smmlv, dadas las condiciones de estabilidad macroeconómica por la que atravesaba el país aunado al precio del petróleo que así lo permitían, sin poner en riesgo la estabilidad del sistema y la prestación del servicio para los cerca de 20 millones de afiliados al régimen. Recientemente se dio trámite del Proyecto de ley número 183 de 2014 (archivado por falta de trámite) que recogía esta iniciativa, el cual recibió el apoyo del Ministerio del Trabajo teniendo en cuenta el sentido social del mismo y el beneficio que generaría para los pensionados y sus familias en el marco del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, dado el cambio de las condiciones económicas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emitió concepto indicando: ¿¿ el proyecto de ley genera un desfinanciamiento del sistema en el régimen contributivo, en cerca de 2.6 billones de pesos anuales, es decir, 0,37% del PIB¿ Se demuestra entonces el efecto adverso de la iniciativa para el equilibrio financiero poniendo en riesgo la viabilidad del sistema de salud y la prestación del servicio para los cerca de 20 millones afiliados al régimen contributivo dado que con estos recursos se financian las prestaciones de salud incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y también las que se deben reconocer por fuera de este.

En el mismo sentido en el trámite del Proyecto de ley número 033 de 2014 Senado actualmente en curso, a través del cual se pretende establecer que la cotización mensual de los pensionados con mesadas inferiores a 6 smmlv al régimen contributivo de salud sea del 4% el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto en el cual señala: ¿¿ Por lo tanto, es necesario que la iniciativa de ley se ajuste al marco constitucional y legal en materia fiscal, señalando la forma en que deberán ser compensados los recursos que por valor aproximado a más de \$2.2 billones anuales se estarían dejando de percibir en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conclusiones

Este Ministerio propone al honorable Congreso de la República se evalúen distintos escenarios en donde se efectúe una disminución progresiva del aporte en salud de los pensionados de menores ingresos priorizando pensionados de un (1) smmlv, medida que cobijaría a 676.154 adultos mayores y evaluando disminuciones parciales del aporte de forma tal que sea sostenible fiscalmente. Una vez haya sido cobijada esta población de



Concepto No. 6380

pensionados se puede proceder con los pensionados que reciben entre uno (1) y dos (2) smmlv, que son alrededor de 443.673 personas, de acuerdo a la capacidad fiscal que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determine siempre en observancia de las leyes fiscales y del principio de sostenibilidad fiscal"

Además, en el concepto del Ministerio del Trabajo, publicado en la Gaceta 461 de 2016, se lee que este es incompatible con la sostenibilidad financiera:

"...el Proyecto de ley número 183 de 2014, presentado ante el Congreso de la República en febrero de 2014 y cuyo propósito era disminuir del 12% al 4% la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud que deben realizar actualmente los pensionados de la respectiva mesada pensional, contó en su momento con el apoyo del Ministro del Trabajo y su adhesión al mismo fue conocida por los pensionados del país, no obstante, debido a las consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sustentando potencial afectación a la sostenibilidad fiscal y financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fue archivado de conformidad con el artículo 190 Ley 5ª de 1992.

Sin embargo, recientemente fueron radicados ante la Cámara de Representante los Proyectos de ley números 008 y 062 de 2015, con la misma iniciativa, que de igual manera deberá surtir su trámite legislativo y se someterá a los estudios de viabilidad técnica y financiera a las deliberaciones del caso para su aprobación.

Este Ministerio dentro del marco de su competencia y en su propósito de apoyar las mejores condiciones para los pensionados de Colombia, en cumplimiento de los planes, programas y políticas del Gobierno nacional, continuará atento a la evolución del mismo".

Finalmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en concepto publicado en Gaceta 274 del 16 de mayo de 2016, solicitó el archivo del proyecto por las mismas razones:

*"La disminución del porcentaje de los aportes en salud de los pensionados que se propone en el proyecto generaría un desfinanciamiento estimado con base en la población pensionada al corte del año 2013, de **\$2.6 billones anuales**, cifra que actualizada con el crecimiento proyectado del número de pensionados para el año 2014 y el valor de sus mesadas pensionales,*



Concepto No. 6380

ascendería a cerca de **\$3 billones anuales**, cifra que en el mediano plazo aumentaría dado el crecimiento vegetativo de la población pensionada. Esta disminución pone más que en evidencia el impacto negativo que el proyecto tiene sobre la sostenibilidad financiera del sistema. La disminución de los recursos es vertiginosa y compromete seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social de la salud. Se generaría un desequilibrio que debería ser asumido por la Nación por el monto anteriormente enunciado, recursos que no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

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

La disminución del porcentaje de los aportes en salud de los pensionados que se propone en el proyecto generaría un desfinanciamiento estimado con base en la población pensionada al corte del año 2013, de **\$2.5 billones anuales**, cifra que actualizada con el crecimiento proyectado del número de pensionados para el año 2014 y el valor de sus mesadas pensionales, ascendería a cerca de **\$2.8 billones anuales**, cifra que en el mediano plazo aumentaría dado el crecimiento vegetativo de la población pensionada. Esta disminución pone más que en evidencia el impacto negativo que el proyecto tiene sobre la sostenibilidad financiera del sistema. La disminución de los recursos es vertiginosa y compromete seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social de la salud. Se generaría un desequilibrio que debería ser asumido por la Nación por el monto anteriormente enunciado, recursos que no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

La propuesta pasa de un esquema constitucional avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompasa con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que no prevé una fuente sustituta de recursos. Esta omisión infringe además las exigencias dispuestas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en el sentido de señalar la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de los costos fiscales de la iniciativa, la cual debe hacerse expresa en toda propuesta de ley. Por tal motivo, a fin de que la iniciativa se ajuste a la Constitución Política y la ley, es imperativo que señale la forma en que deberían ser compensados cerca



Concepto No. 6380

de **\$2.8 billones anuales** que estaría dejando de percibir el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para sustituir las menores cotizaciones a salud de los pensionados habría que considerar el incremento de las cargas fiscales o parafiscales vigentes, lo que por ejemplo, significaría aumentar la tasa de cotización, incrementar la Contribución para la Equidad (CREE) o aumentar el impuesto al valor agregado.

El aumento de la cotización en salud significaría incrementar en, por lo menos, dos puntos porcentuales (2%) la tarifa promedio de la cotización que actualmente recauda el Sistema General de la Seguridad Social, descontando el CREE, debiendo definirse la distribución de esta carga para fiscal entre empleadores y trabajadores. Alternativa que, en todo caso, atentaría en contra de los objetivos de generación y conservación del empleo formal, al representar mayores costos laborales para las empresas.

La alternativa de compensación de ingresos, a partir del aumento de la Contribución para la Equidad (CREE) implicaría incrementar la tarifa actual en por lo menos dos punto cinco puntos porcentuales (2.5%) adicionales, que tendrían destinación específica para salud. Tratándose de esta alternativa, es necesario advertir que el CREE significó una sustitución de las cargas parafiscales de las empresas por una carga fiscal sobre las mismas, respecto de sus propios trabajadores. En este caso, se sustituiría una carga parafiscal en cabeza de los pensionados quienes no son trabajadores activos por una carga de carácter fiscal sobre las empresas lo que generaría desincentivos a la inversión al no tener una contrapartida en benéficos para el mercado, todo lo cual impacta las metas de crecimiento previstas para el mediano plazo.

En caso de considerarse el aumento del IVA, tendría que incrementarse en algo más de un punto porcentual (1%) la tarifa actualmente vigente, lo que podría tener efectos en el consumo y generar distorsiones en el mercado.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo”.

De otra parte, si bien el aval de una iniciativa carece de formalidades precisas, se estima que aquel al menos debe realizarse en el interior del trámite legislativo en cuestión. Por tal razón, no es posible derivarlo de los sucesos referidos en el escrito de insistencia, relacionados con la alocución presidencial del 06 de junio de 2014, en un evento con pensionados, en el contexto de la segunda vuelta presidencial, en el que el Primer Mandatario mencionó: “Sé que un anhelo de todos los pensionados es que se reduzca la contribución a la salud, hay un proyecto de ley en el



Concepto No. 6380

Congreso de la República y yo voy a apoyar ese proyecto”⁷; y tampoco de las palabras generales del Ministro de Hacienda en el marco de la finalización del debate de la reforma tributaria, en el que felicitó al Congreso por no incluir el beneficio de la cotización en salud para los pensionados en la reforma tributaria, porque ello hubiera generado vicios de inconstitucionalidad por falta de consecutividad; y en la que refiere la existencia de otro proyecto de Ley, señalando que “*desde el Gobierno Nacional se trabajará con los ponentes de ese proyecto de ley para encontrar en ese cuarto debate una fórmula que permita ir avanzando en el objetivo de ese proyecto de ley, para que podamos ir mejorando las condiciones de los pensionados colombianos, en cuanto a sus aportes a salud*”⁸.

De otra parte, en el expediente se encuentra el *Acta de Acuerdo de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales – CPCPSL- de diciembre de 2013*, suscrita por el Presidente y el entonces Ministerio del Trabajo, Rafael Pardo, en la que se señala como un acuerdo el apoyo a la solicitud de la Confederación Democrática de Pensionados y las centrales obreras CGT y CTC, el de eliminar el aporte obligatorio a salud para los pensionados.

Si bien es cierto, dicho documento es de naturaleza externa al trámite legislativo, para la Procuraduría este sí es capaz de contener un aval gubernamental para el trámite legislativo. Lo anterior, porque la conformación de la referida comisión es consecuencia directa del mandato del artículo 56 de la Carta Política, derivando en que la *Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales* sea un órgano constitucional capaz de concertar políticas públicas en materia laboral, y de irradiarlas a otras autoridades, y en especial, de consignar el compromiso gubernamental con carácter vinculante.

Si además de lo anterior se tiene en cuenta que en ella tienen asiento diversas carteras ministeriales como el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o en delegado, quien la presidirá, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Desarrollo Económico o su delegado,

⁷ Dichas palabras pueden consultarse en el minuto 8:50 del vídeo alojado en el enlace electrónico de la plataforma youtube: https://www.youtube.com/watch?time_continue=4&v=Aln7hsLdLHo.

⁸ Vídeo alojado en el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=DGxLkKvECVE>.



Concepto No. 6380

el Ministro de Agricultura o su delegado y el director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado (art. 5 de la Ley 278 de 1996), se concluye que sus decisiones son aptas para contener la decisión gubernamental en los múltiples trámites ante las diversas autoridades nacionales, en las que se incluye también el proceso de formación de las leyes.

Por lo anterior, en el caso concreto, la Corte Constitucional deberá evaluar si el referido documento, es suficiente para concluir que se dio un aval gubernamental, en concreto porque existe una gran semejanza temática entre el compromiso citado (eliminar el aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados) y el objetivo del proyecto de Ley objetado.

En todo caso, si la Corte Constitucional concluye que no ha existido aval gubernamental, en el presente proyecto, dicha ausencia no significa por sí misma, que el proyecto deba ser inconstitucional, pues de conformidad con el principio de la instrumentalidad de las formas, deberá evaluarse si existió afectación al principio material salvaguardado, que en este caso, es la sostenibilidad fiscal.

En el caso concreto, para el Ministerio Público no resulta claro que exista una violación del criterio de sostenibilidad fiscal en el proyecto en estudio, conforme lo referido en el informe de insistencia, que puede leerse en el folio 2.272 del expediente:

“(…) tomando como referencias las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda, en sólo dos años el total recaudado por cotizaciones, en parte, debido al esfuerzo realizado para mejorar el recaudo y disminuir la evasión y elusión, paso de ser de \$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 a 2012 al pasar de \$10.9 billones a \$14.7 billones, con un incremento del 35%. Además, el total de los afiliados que contribuyeron al Sistema General de Salud experimentó un crecimiento sistemático durante los años 2013 (23%), 2014 (24.8), 2015 (26%) y 2016 (24.9% para lo corrido del primer semestre).



Concepto No. 6380

A la luz de las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda es evidente que un menor recaudo de apomadamente 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 mejoran 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 el 2011, \$3.9 billones en el 2012 y \$3 billones en el 2013'

Si lo referido por el Congreso es cierto, se encuentra que el proyecto en estudio no es una disposición que tenga por objeto *entregar una exención o beneficio tributario que deba ser sufragada con nuevas fuentes tributarias, sino que su objetivo es la destinación específica de los beneficios derivados de las buenas prácticas administrativas, que han tenido por resultado el aumento el recaudo y un manejo superavitario de la cuenta del FOSYGA.* En otras palabras, el efecto del proyecto de ley, antes que un beneficio a cargo de otras fuentes impositivas, es un acto de autoridad del Congreso, como representante del pueblo, sobre los beneficios obtenidos por la buena gestión administrativa, sobre lo cual debe poder disponer sin que se le pudiere oponer un veto gubernamental.

Al respecto, el requisito de la iniciativa o aval gubernamental, no puede ser entendido como un medio para evitar que el órgano encargado de decidir sobre el monto de dinero que puede recaudarse como aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, el Congreso, no pueda pronunciarse sobre la destinación de los beneficios económicos derivados de la buena praxis administrativa, pues en ese sentido, en desarrollo del principio democrático el Ejecutivo se encuentra sometido al Congreso.

Ahora bien, como el Ministerio Público carece de facultad probatoria para indagar si los argumentos consignados en el referido informe resultan ser ciertos o no, la Corte Constitucional deberá suplir dicha necesidad probatoria con fundamento en sus atribuciones. Lo anterior, además, por cuanto el Ejecutivo no se ha podido pronunciar respecto de dicho informe,



Concepto No. 6380

en atención a que este es posterior a la actuación gubernamental que da origen a este trámite.

En todo caso, si la Corte Constitucional estima que tales argumentos no son ciertos, o no son suficientes para relevar la iniciativa del aval gubernamental, en este caso, en forma subsidiaria se considera que ese tribunal debe acudir a las herramientas previstas en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, que le permiten modular los efectos de sus fallos, para conciliar la materialización de la progresividad en derechos y garantías sociales con el marco fiscal de mediano plazo.

Para lograr lo anterior, el Ministerio Público encuentra dos alternativas. En el evento que la Corte Constitucional halle que el único vicio, formal o material, consista en la transgresión del marco fiscal, la Constitución le habilita para que module o difiera los efectos del fallo. Lo anterior, porque utilizar el artículo 334, y sus garantías concordantes, para declarar la inconstitucionalidad del proyecto, devendría en desconocer el mandato de que *“Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”*, e incluso la prohibición de que *“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”*.

iii) La necesidad de compatibilizar el proyecto de ley con el marco fiscal a largo plazo, y de señalar expresamente la fuente de los recursos para financiar la disminución en el aporte prevista en el proyecto de ley objetado

Revisado el expediente, puede confirmarse que ni en el proyecto de ley, ni en los sucesivos informes de ponencia, se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, relativos a hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo; y a incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento.



Concepto No. 6380

En efecto, en el texto del proyecto de ley 008 de 2015 Cámara, publicado en la Gaceta 508 de 2015, así como en el texto del Proyecto de Ley 062 de 2015 Cámara, las iniciativas omiten efectuar una compatibilización expresa con el marco fiscal de mediano plazo, ni tampoco refieren las fuentes sustitutivas a partir de las cuales se financiará. Únicamente, en el primer proyecto señalado, se aducen algunas medidas alternativas que podrían tomarse para la financiación del beneficio previsto, como por ejemplo *“La eliminación de los denominados beneficios tributarios para grandes empresas”* y *“Trasladar recursos del sector de seguridad y defensa para priorizar gasto público social”*.

De otra parte, en las ponencias para los respectivos debates no se cumple el referido estándar. En las ponencias de los debates surtidos en la Cámara de Representantes, publicados en las Gacetas 721 de 2015 (ponencia primer debate Cámara) y Gaceta 1072 de 2015 (segundo debate Cámara) se advierte la idea de que la financiación de iniciativas como la propuesta, no puede recaer sobre los aportes de los pensionados, sino que ha de proceder de los recursos fiscales de todos los niveles estatales. Así mismo, en los proyectos para debate en el Senado, publicados en la Gaceta 1106 de 2016 (Ponencia Primer debate Senado) y Gaceta 267 de 2017 (Ponencia segundo debate senado), tampoco se satisface el referido requisito.

No obstante, como se precisó en el acápite anterior, en el informe de insistencia se encuentra que el Congreso convalidó este defecto, al señalar la fuente de financiación de la medida. En concreto, en el folio 2272 del expediente se evidencia que el presente proyecto puede ser financiado con fundamento en los manejos administrativos tendientes a aumentar el recaudo, derivados del aumento de la cobertura, de la lucha contra la elusión y la evasión, y en especial, con fundamento en los resultados superavitarios del FOSYGA.

En suma, como el Congreso refirió la fuente de financiación del proyecto de Ley, el Ministerio Público, esta parte de la objeción resulta infundada. No obstante, se reitera lo dicho en el punto anterior. En la medida que este vicio también estaría relacionado en forma directa y exclusiva con la eventual transgresión de la sostenibilidad fiscal de la medida, ha de evitarse que esta se convierta en una barrera para el avance de los



Concepto No. 6380

objetivos del Estado Social de Derecho; por ello, sugiere al juez constitucional utilizar los poderes de modulación de los efectos de sus fallos.

iv) La sostenibilidad financiera de la medida.

Finalmente, el Ministerio Público debe reiterar que en el informe de insistencia, el Congreso de la Republica señaló los motivos por los cuales la presente iniciativa no implicaría un afectación al criterio de sostenibilidad financiera, argumentos que se pueden resumir en que el presente proyecto puede ser financiado con fundamento en los manejos administrativos tendientes a abultar el recaudo, derivados de la aumento de la cobertura, de la lucha contra la elusión y la evasión, y en especial, con fundamento en los resultados superavitarios del FOSYGA.

Dicha posición, respecto de la cual el Gobierno no se ha pronunciado, debe ser confrontada por la Corte Constitucional con fundamento en su capacidad probatoria, como se dijo en un punto anterior.

En el caso de que tales justificaciones financieras resulten inciertas o insuficientes, el Ministerio Público estima que se debe adoptar la solución propuesta en los dos sub-puntos anteriores, esto es, la utilización de los poderes de modulación de los efectos del fallo.

c) La inexistencia de la violación de la solidaridad, equidad y progresividad tributaria en el proyecto objetado.

El Ministerio Público no comparte que el proyecto implique una violación de la solidaridad o que introduzca una dosis de manifiesta regresividad en el sistema tributario, frente a los aportes al sistema de salud, en la medida que ambos resultan ser principios que permiten diversas ponderaciones políticas justamente en sede congresional, como pasa a verse.

En materia tributaria, la progresividad es una especificidad del principio de igualdad, y de la equidad en el deber de contribuir, ya que *“la progresividad busca igualar la situación de contribuyentes distintos ante el fisco, determinando una escala de coeficientes que se incrementan más que proporcionalmente en la medida en que suben sus disponibilidades de*



Concepto No. 6380

rentas o consumos, para que el sacrificio fiscal sea similar. Así la progresividad sustituye la simple proporcionalidad y con ésta última la igualdad formal, como proporción idéntica, para incorporar de las distintas economías individuales una parte similar de sus ganancias”⁹.

Así las cosas, conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional “la imposición de tributos en un Estado Social de Derecho supone la expresión de una voluntad política de la colectividad que, comprometida con la realización de sus componentes fundamentales, decide los mecanismos y la magnitud de las cargas a imponer, de acuerdo con una priorización en la aplicación de las medidas que conduzcan a la obtención del mayor nivel posible de bienestar social”¹⁰. Para lograrlo, se ha otorgado un amplio margen de configuración a favor del Congreso de la República, que en el ejercicio de su función de representación deberá evaluar con el mejor criterio, la conveniencia en la imposición de tributos para el progreso en la realización de los derechos de los ciudadanos.

De otra parte, es importante tener presente que el principio de solidaridad intergeneracional exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: en primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten. En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. De manera específica, la ley 100 define el principio de solidaridad como la práctica de la ayuda mutua entre las personas, del más fuerte hacia el más débil.

⁹ Sentencia C-1060A de 2001. Conjuez Ponente. Lucy Cruz de Quiñones.

¹⁰ Sentencia C-388 de 2016, Corte Constitucional.



Concepto No. 6380

En efecto, una de las posibilidades de concretar la solidaridad y la progresividad tributaria en los aportes del sistema de salud, es establecer el deber de cotización por parte de los pensionados, e incluso de establecer el deber de cotización plena del 12%, como se hacía anteriormente. Tal alternativa resulta admisible en la medida que la Constitución permite la imposición universal de los aportes al sistema de seguridad social, y la consiguiente ponderación de todos los factores resaltados por el ejecutivo en su escrito de objeciones, esto es, que dicha población ya no tiene la obligación de cotizar al sistema pensional, que por regla general la población pensionada carece de obligaciones personales y familiares en relación con la población más joven, e incluso que el valor de Unidad por Capitación sea superior a los de otros segmentos sociales.

No obstante, dicha ponderación, pese a ser constitucionalmente admisible, no es la única válida, y por el contrario, el Congreso en su amplio margen de libertad de configuración en esta materia puede atender a otras realidades, como por ejemplo, que los pensionados corresponden a un grupo de especial protección constitucional, en el que su ingreso de liquidación disminuye en forma comparativa con el grupo de los empleados; en razón a la disminución de su capacidad laboral cuando alcanzan la tercera edad. En suma, existen diversos elementos que pueden ser ponderados por el Legislador para adoptar las políticas de cotización en el Sistema de Salud.

Por tal razón, el Congreso conforme al principio de *no taxation with out representation*, es el órgano que puede variar las cargas sociales bajo criterios razonables y admisibles por el ordenamiento superior, y es por ello que el legislador por mandato del principio de solidaridad decidió otorgar a los pensionados el beneficio que hoy se acusa por inconstitucional.

No sobra recordar que sobre el principio de solidaridad, se reconoce que compromete tanto al Estado, que en desarrollo del mismo deberá *“prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*, como a los particulares, *“de*



Concepto No. 6380

quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”¹¹.

En desarrollo del principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho, se impone tanto al Estado como a los particulares, deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos. Pero esta clase de deberes derivados de tal principio, se tornan imperiosos si se trata de garantizar los derechos de las personas de la tercera edad. En efecto, como lo ha reconocido la Corte, las personas que se encuentran en la mencionada categoría son acreedoras a un trato de especial protección, no sólo por parte del Estado sino de los miembros de la sociedad con fundamento en el artículo 13 y 46 de la Carta Política.¹²

Es por ello que el Congreso en ejercicio de su potestad de configuración tributaria, puede otorgar a las personas que alcanzan la tercera edad como sujetos de especial protección el beneficio objetado por motivos de inconstitucionalidad.

Finalmente, el legislador decidió otorgar el mencionado beneficio al grupo de pensionados como un grupo homogéneo, sin establecer categorías distintas entre ellos que garantice el aseguramiento del mínimo vital, la satisfacción de los derechos constitucionales y lo necesario para asegurar a todos condiciones mínimas vitales y móviles de existencia¹³. En otras

¹¹ Sentencia C-388 de 2016, Corte Constitucional.

¹² Sentencia T-988 de 2005, Corte Constitucional. En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo que: “*Tal situación tiene su fundamento por una parte, en el mandato contenido en el artículo 13 de la Carta que ordena la protección de grupos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y, por la otra, en lo dispuesto por el artículo 46 del mismo texto constitucional, según el cual “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.*

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

¹³ Sentencia T-007 de 2010. En ese sentido, la Corte Constitucional sostuvo que “*el derecho al mínimo vital se evalúa a partir de una dimensión cualitativa y no cuantitativa, de manera que su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada trabajador y el nivel de vida adquirido por éste. El concepto de un mínimo de condiciones de vida –verbi gratia: alimentación, educación, salud, vestido y recreación–, entonces, “no va ligado sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”*



Concepto No. 6380

palabras, el criterio utilizado por el legislador para eximir de una contribución mayor es constitucionalmente admisible.

Por lo anterior, el Ministerio Público encuentra que la decisión adoptada por el Congreso de la República no vulnera los principios de solidaridad, equidad y progresividad, y por ende, esta objeción resulta infundada.

d) La irretroactividad de la Ley Tributaria frente al inciso segundo del artículo primero del proyecto de Ley.

Finalmente, el Ejecutivo censura que el inciso segundo del artículo primero del proyecto de ley es inconstitucional por violar el principio de irretroactividad tributaria.

Para la Procuraduría dicho asunto debe resolverse a partir de los principios generales de la aplicación de la Ley en el tiempo.

En primer lugar, se encuentra que el texto objetado efectivamente obedeció a una intensión legislativa de aplicación retroactiva de la Ley, y no a una mera contingencia por la mora en el proceso legislativo. Para comprobar esto, basta con verificar que el trámite de conciliación fue aprobado en sus últimos debates hacia el mes de junio de 2017, fecha posterior a la prevista en el inciso objetado.

Según refiere el artículo 58 de la Carta Política, existe un principio general que corresponde al de la irretroactividad de la Ley, el cual sólo puede ser matizado, en materia penal, para aquellos eventos de favorabilidad, como lo refiere el artículo 29. Dicho principio general, incluso puede encontrarse en el artículo 363 de la Constitución Política que fija la regla de irretroactividad de las leyes tributarias: “[l]as leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”. De lo anterior puede inferirse una regla común, que ha de aplicarse al caso concreto, y es que todas las leyes deben regir hacia el futuro.

Si bien es cierto, el principio de favorabilidad laboral, puede resultar análogo al de favorabilidad penal, y por tal razón, algunas disposiciones laborales podrían aplicarse en forma retroactiva, como por ejemplo en



Concepto No. 6380

algunos tributos de periodo¹⁴, lo que no resulta posible es aplicar retroactivamente la Ley, sobre situaciones que ya se hayan consolidado de

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-878 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) “*Es principio normativo general que las leyes –en sentido material- rigen a partir de su promulgación, de manera que sólo la ley está autorizada para señalar efectos distintos respecto de la aplicación de una determinada disposición en el tiempo. En materia tributaria esta elasticidad se encuentra limitada por el artículo 363 Superior que establece de manera perentoria que las leyes tributarias no se aplican con retroactividad y, el artículo 338 Superior, según el cual tratándose de leyes que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, sólo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, con lo cual se proscribe de manera categórica cualquier efecto hacia el pasado de normas tributarias que afecten de manera negativa al contribuyente. La irretroactividad de las normas jurídicas tributarias se respalda tradicionalmente en el concepto de seguridad jurídica, de manera que la norma impositiva tenga un carácter previo a la producción de los hechos que regula, con el fin de que su alcance pueda ser conocido por los destinatarios de la norma y por los eventuales realizadores de los hechos generadores del gravamen, evitando de esta manera que los sujetos pasivos de la obligación tributaria, puedan ser tomados por sorpresa, lo que a su turno garantiza la realización del principio de legalidad, a partir del cual se amparan los hechos causados y consolidados bajo el imperio de una norma jurídica. Al respecto, se tiene que en sentencia C-185 de 1997 se estableció que la garantía de irretroactividad de la ley tributaria se plasmó en beneficio del contribuyente, con el fin de evitar que un Estado fiscalista abuse del derecho de imponer tributos. A pesar de ello, mucho se ha discutido por la doctrina acerca de la posibilidad de otorgar efectos retroactivos a disposiciones que consagren beneficios o situaciones favorables al contribuyente. En Colombia, se tiene que antes de la constitución de 1991 no existía mandato alguno que restringiera la aplicación retroactiva de la ley, de manera que en materia fiscal nada se oponía a aplicar modificaciones favorables al contribuyente con efectos retroactivos. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia sostuvo desde 1930 que el legislador podía aplicar variaciones a la tarifa y al régimen que determina la base gravable del impuesto a la renta, a los hechos realizados antes de la expedición de una nueva ley tributaria, siempre que los efectos de tal cambio sólo cubrieran un período gravable incompleto, caso en el cual la Corte afirmaba que no existía retroactividad y, por lo mismo, no se vulneraban derechos adquiridos que se protegían, en ese entonces, por el artículo 30 Constitucional, hoy artículo 58 Superior. Ello porque sólo hasta la terminación de dicho período se podía establecer con certidumbre la consolidación de derechos adquiridos, lo que no es otra cosa que la aplicación de beneficios con "efectos inmediatos" para impuestos de período, tal como en el caso español. A partir de la Constitución de 1991, la retroactividad in bonus se ha reconocido expresamente en materia penal en el artículo 29 de la Carta y en materia laboral en el artículo 53 Superior, con la finalidad de privilegiar y proteger derechos fundamentales como la libertad y el trabajo, respectivamente. No obstante, el reconocimiento de efectos retroactivos de beneficios en materia fiscal ofrece complejidades, más allá de la restricción perentoria del artículo 363 Constitucional, en tanto el gravamen lejos de constituir una sanción o restricción a un derecho fundamental, constituye un instrumento mediante el cual el ciudadano coadyuva con las cargas públicas del Estado de acuerdo con el artículo 95.9 de la Carta, de manera que los recursos que se recaudan tienen destinación pública de carácter social. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que el principio de irretroactividad de la ley tributaria tiene como justificación la defensa del contribuyente frente a la imposición repentina de nuevas o más gravosas cargas. Sin embargo, asume que su aplicación no puede ser absoluta cuando se trate de modificaciones que resulten benéficas al contribuyente acogiendo un carácter eminentemente garantista y, en esa línea ha proferido providencias como la Sentencia C-527 de 1996, en virtud de la cual señaló: "Si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, si puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas del contribuyente, modificando las regulaciones en relación con períodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: El que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe". De lo transcrito se infiere que la jurisprudencia de esta Corte, en desarrollo del principio de favorabilidad, mantiene la línea jurisprudencial asumida por la Corte Suprema*



Concepto No. 6380

manera definitiva¹⁵, aunque hipotéticamente dicha aplicación pudiere catalogarse como más favorable.

En el presente caso, el inciso segundo tiene justamente dicho efecto, es decir, pretender aplicar el nuevo parámetro a aportes ya efectuados y destinados al interior del sistema, o lo que es lo mismo, a situaciones que se han perfeccionado. Como este es un efecto prohibido por las reglas de la aplicación de la Ley en el tiempo, el Ministerio Público estima que la ley

Justicia con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, al autorizar la aplicación inmediata de modificaciones que benefician al contribuyente respecto de los denominados tributos de período, es decir, siempre que los hechos económicos gravados no se hayan consolidado, caso en el cual se está frente al fenómeno de retrospectividad de la ley y no de irretroactividad propiamente dicha, lo cual significa que se deja a salvo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley tributaria contenida en el artículo 363 Superior. Al respecto, resulta procedente citar la sentencia C-952 de 2007, que si bien hace referencia tangencial a la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a beneficios fiscales, también es enfática en privilegiar situaciones jurídicas consolidadas: "En materia tributaria, el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley, según el cual los efectos retroactivos de las leyes en materia tributaria no pueden afectar situaciones ya reconocidas y cuyos efectos se hayan dado bajo una legislación anterior, por lo cual este principio prohíbe en materia de tributos que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo que se trate de una disposición más favorable para el contribuyente [Siempre que se trate de tributos de período]. En este sentido es que el artículo 363 de la Constitución Nacional establece que las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad. La facultad del Legislador de modificar o derogar las normas tributarias no resulta restringida por el principio de irretroactividad de las leyes tributarias y tal atribución debe ejercerse con arreglo a los principios y garantías constitucionales, de equidad y de justicia. (Art. 95-5 C.N.). Sin embargo, el principio de irretroactividad no se opone al concepto de situación jurídica consolidada, respecto del cual esta Corporación ha precisado que "aun cuando en materia tributaria no se puede hablar de derechos adquiridos, pues estos hacen referencia al derecho privado (art. 58 C.N.), sí debe hablarse de situaciones jurídicas consolidadas, las cuales emanan del principio de legalidad del tributo" posición jurídica que se reitera. Observa la Sala que en el caso bajo análisis, además de existir una situación jurídica consolidada frente a la norma que le concedió el beneficio fiscal, surgen derechos adquiridos derivados de la confianza legítima del contribuyente".

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-185 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo): "Así, pues, las derogaciones tributarias, cuando benefician al contribuyente, tienen efecto general inmediato y, por lo tanto, principian a aplicarse a partir de su promulgación, a menos que el legislador, de manera expresa, advierta lo contrario.

Colígese de lo dicho que, habiendo dispuesto el legislador que la Ley 223 de 1995 regiría a partir de la fecha de su publicación (es decir, el 22 de diciembre de 1995, según Diario Oficial No 42160), desde ese mismo día dejó de ser obligatoria la contribución especial que había sido impuesta mediante artículo 248-1 del Estatuto Tributario, derogado de manera expresa por el artículo 285, demandado, perteneciente a la enunciada Ley. Por supuesto, para el 31 de diciembre de 1995, al cierre del período fiscal correspondiente, tal contribución ya no estaba vigente.

En consecuencia, al liquidar y pagar lo correspondiente al impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1995, los contribuyentes no tenían que liquidar ni pagar las sumas correspondientes al tributo derogado, con absoluta independencia de si liquidaban saldo a favor o impuesto por pagar en sus respectivas declaraciones de renta".



Concepto No. 6380

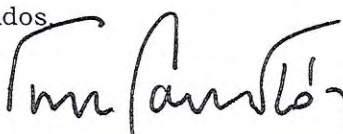
sólo podría aplicarse a partir del momento en que se surta su promulgación.

4. Conclusión

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que declare **INFUNDADAS** las objeciones presidenciales, **con EXCEPCIÓN** de la relativa a la violación de la irretroactividad de la ley. Por tanto, se solicita declarar la **CONSTITUCIONALIDAD** del proyecto de Ley objetado, precisando que **ÉSTE TENDRÁ EFECTOS A PARTIR DEL MOMENTO DE SU PROMULGACIÓN**.

DE MANERA SUBSIDIARIA, en caso de que la Corte Constitucional encuentre fundadas las objeciones relacionadas con el desconocimiento de la sostenibilidad fiscal, ya sea como garantía sustancial, o por la violación de las exigencias formales previstas en el artículo 154 de la Constitución Política, **SE SOLICITA** que esa Corporación **DECLARE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY, modulando o difiriendo los efectos del fallo**, con el fin de evitar que el marco fiscal se torne en un impedimento de los fines del Estado Social de Derecho, al tenor del artículo 334 Superior.

De los Señores Magistrados


FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

LOM/djfm