



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**
Procurador General

Bogotá, D.C., 12 JUN 2016

**Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**



Ref.: Revisión constitucional de las Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley No. 206 de 2016 Senado - 049 de 2015 Cámara, "Por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres". Expediente OG-160 Concepto No. 6394

En mi calidad de Viceprocurador General de la Nación, con funciones de Procurador General de la Nación, y 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. A continuación se transcribe el texto objetado:

"Ley No. _____

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

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

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

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada.

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

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

1. Objeciones gubernamentales presentadas

Mediante oficio OFI17-00087292/JMSC110200 del 17 de julio de 2017 (folio 277), el Gobierno Nacional -conformado por El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, mediante Decreto número 1184 de 2017, Aurelio Iragorri Valencia, y el Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Andrés Escobar Arango (fl. 298)-, presentó ante la Cámara de Representantes escrito de objeciones por inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley No. 206 de 2016 Senado - 049 de 2015 Cámara, “Por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”, por los siguientes tres motivos:



Concepto No. **№ - 6394**

1) Violación del artículo 154 de la Constitución, porque el proyecto establece una exención tributaria sin el aval gubernamental requerido.

Al respecto fundamentó jurisprudencialmente que los aportes y cotizaciones al sistema de seguridad social, tanto en salud como en pensiones, tienen naturaleza parafiscal, y por ende tributaria. Así mismo sostuvo que según las Sentencias C-748 de 2009 y C-511 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la expresión *exención* del artículo 154 debe entenderse desde una perspectiva amplia, como la determinación de eventos de no causación del tributo, la previsión de tarifas preferenciales o la exclusión de forma anticipada de la obligación tributaria. Como en este caso la disposición impide que el nacimiento de una obligación tributaria en un sujeto previamente obligado, se trata de una exención en los términos del artículo 154, y por ende, la norma en estudio debía ser de iniciativa gubernamental, o en su defecto, requería aval del Gobierno nacional, específicamente, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Pese a lo anterior, esgrime el Gobierno que la ley objetada se tramitó sin su aval, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y más aun, a lo largo del proyecto, el referido Ministerio se pronunció en cuatro ocasiones sobre la inviabilidad financiera de la medida, a través de (i) la carta de comentarios al texto aprobado en primer debate, contenida en la Gaceta del Congreso número 1001 de 2015; (ii) la carta de comentarios al texto de ponencia de 2° debate, contenido en la Gaceta del Congreso número 303 de 2016; (iii) la carta de comentarios al texto de ponencia de tercer debate, contenida en la Gaceta del Congreso número 276 de 2017 y, la carta de comentarios a la ponencia de cuarto debate (la cual no fue publicada en la Gaceta del Congreso).

Así mismo, señaló que el Ministro del Trabajo radicó una carta de comentarios frente al proyecto de ley, en la que señala que consideraría viable la iniciativa siempre y cuando no se comprometiera la sostenibilidad financiera del Sistema conforme a la normatividad vigente, con lo cual, no se desautorizó la falta de aval presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En suma, el proyecto de ley es inconstitucional porque fue tramitado sin el aval del Gobierno Nacional, a pesar de que implica una exención

tributaria, a través de la exoneración del pago de una contribución parafiscal.

2) Transgresión del artículo 48 de la Carta Política, pues el legislador omitió cumplir su deber de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, al no prever una fuente un mecanismo de financiación en una reforma que disminuye el recaudo y aumenta el pasivo pensional.

Señala el Gobierno que el artículo 48 de la Constitución, modificado a través del Acto Legislativo 1 de 2005, establece que *“Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”*. De ello se deriva que cuando el Congreso expida leyes que afecten el recaudo del sistema pensional, tiene la obligación de considerar la fuente de financiación alternativa para cubrirlo, o alguna medida que mitigue dicho impacto. No obstante, el Congreso de la República omitió dicho deber.

En relación con el impacto fiscal, el Gobierno resalta que el proyecto objetado implica una desfinanciación del sistema por un valor de \$10.3 billones a precios del 2017. Así mismo, precisa que *“Actualmente, una pensión pagada por Colpensiones por un monto promedio de 1,87 salarios mínimos mensuales es subsidiada en un 22.5%. Por efecto de la disminución del número de semanas de cotización mínimo para que las mujeres adquieran una pensión en el RPM, el sistema deberá subsidiar el 31.4% de esa misma pensión. Lo anterior, representa un incremento del 39.6% del costo por subsidios que actualmente asume el RPM para garantizar el pago de este tipo de prestaciones”*.

3) La reforma desconoce la solidaridad, la eficiencia y la equidad en el diseño del sistema pensional, porque rompe el diseño del reparto de las cargas públicas imponiendo obligaciones excesivas a los demás afiliados, sin prever medidas que moderen el impacto financiero.

Si bien el Gobierno reconoce que el proyecto pretende subsanar las dificultades de acceder a una pensión por parte de las mujeres, como resultado del fenómeno histórico de la discriminación laboral de la cual son objeto, las discriminaciones positivas en el sistema pensional no son



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Procurador General

Concepto No. **6394**

admisibles cuando implican un desequilibrio financiero del sistema. Se resalta que *“Una ley que afecta las estimaciones actuariales que han determinado las cotizaciones, como el proyecto de ley objetado, resulta ineficiente e insolidaria, pues desconoce el presupuesto esencial que permite equilibrar las cargas al interior del sistema: todos los afiliados deben aportar en una proporción equivalente durante un tiempo igual para acceder a una pensión, sin que unos deban esforzarse más que otros para obtener una prestación de similares características”*. En contra de aquello, el proyecto de Ley *“genera un beneficio a favor de un grupo poblacional que deberá ser sufragado por el resto de los afiliados al RPM [(Régimen de Prima Media)] sin medidas técnicas que reduzcan el impacto financiero de esa nueva carga. Así, la medida pretendida por el Legislador comporta un exceso en las cargas públicas impuestas al grupo de afiliados del RPM que no cumple las condiciones: i) mujer, ii) con pensión promedio de 2 smlmv”*.

2. Insistencia en la aprobación del proyecto de ley objetado

Una vez presentadas las objeciones presidenciales, estas fueron publicadas en la Gaceta del Congreso Gaceta N° 576 de 21 de julio de 2017, y se designó como ponentes para el respectivo informe a los Senadores Nadia Blel Scaff, Edinson Delgado Ruiz (fl. 300) y a los Representantes Alfredo Ape Cuello Baute y Carlos Abraham Jiménez López (fl. 299). Dicho informe fue rendido por tales parlamentarios, sin la firma del Representante Carlos Abraham Jiménez López.

Una vez elaborado el informe, este fue publicado en las Gacetas del Congreso No. 1105 y 1106, ambas del 28 de noviembre de 2017. En forma posterior se presentó un informe adicional y aclaratorio del informe de objeciones, para complementar la respuesta a la objeción relativa a la sostenibilidad fiscal, el cual sólo fue suscrito por la Senadora Nadia Blel Scaff y el Representante Alfredo Ape Cuello Baute (fl. 322) y fue publicado en las gacetas 1188 y 1190, ambas del 13 de diciembre de 2017.

Respecto de la primera objeción, es decir la referida a la falta de aval gubernamental, se señala que este no era necesario porque el proyecto de ley no implica una exención tributaria sino un rediseño de las condiciones para acceder a la pensión, frente a lo cual el Congreso sí tiene iniciativa. Para explicarlo, refieren que *“En esa medida, el legislador no plantea*

exenciones o exoneración de pago de contribuciones o aportes que estas deban realizar al sistema de seguridad social en pensión, pues la iniciativa no modifica los porcentajes de aportes de cotización al sistema. Lo que pretende es establecer condiciones de igualdad en materia pensional y prohibir el trato desproporcionado, estableciendo equivalencias entre los requisitos para el acceso a derecho a pensión de las mujeres en condiciones de proporcionalidad entre la edad mínima exigida y número de semanas cotizadas”.

En relación con la segunda objeción, es decir, frente a la vulneración de la sostenibilidad fiscal, se aduce que en el proyecto de ley se optó por la inclusión de un párrafo que limitaba el monto de la pensión para las mujeres que se pensionaban con este beneficio, en los siguientes términos: *“Párrafo. En aquellos casos, en que la mujer cumpla con los requisitos para adquirir la pensión de vejez con 1.150 semanas, el monto mensual de la pensión será equivalente al 60,5% del ingreso base de liquidación”*, como constaría en la Gaceta del Congreso 240 de 2017, y se afirma que dicho aparte está incorporado al Proyecto.

Dado que esa afirmación no es cierta, porque dicho aparte normativo no quedó aprobado en el texto definitivo, se rindió la nota aclaratoria referida anteriormente, en la que se expresa que la medida legislativa adoptada fue la de limitar el beneficio en las cotizaciones para las pensiones que no superaran los dos salarios mínimos mensuales vigentes, y además se señala que según el párrafo del artículo 334 de la Carta Política, no era posible alegar la sostenibilidad fiscal con el fin de menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En relación con la tercera objeción, se plantea que los principios que rigen el sistema de seguridad social, como es el de solidaridad, no pueden ser entendidos en forma absoluta, y pueden admitir restricciones para dar efectividad jurídica a otros principios, tal y como la Corte Constitucional lo reconoció en la Sentencia C-838 de 2008. Así mismo se arguye que en este caso estaba justificada la alteración de las cargas públicas frente a las cotizaciones, por cuanto *“el estatus de grupo vulnerable otorgado a las mujeres, quienes históricamente han sido objeto de discriminación en todas las sociedades y en la mayor parte de los aspectos de la vida: en sus relaciones sociales, económicas, políticas y personales; por esto, se han*



Concepto No. 10 - 6394

reconocido y autorizado medidas tendientes a evitar la discriminación por razón de sexo, y ha encontrado en la igualdad, entendida como principio, valor y derecho fundamental, y en la no discriminación, un pilar fundamental para su protección”.

3. Consideraciones constitucionales

3.1 Análisis formal de las objeciones

Frente a la suscripción de las objeciones, el Ministerio Público encuentra que se ha respetado el artículo 115 C.P., ya que las objeciones fueron suscritas por el Ministro Delegatario de Funciones Presidenciales, otorgadas mediante el Decreto 1184 del 11 de julio de 2017, y estas fueron ejercidas en debida forma. Según se advierte en el referido Decreto, las funciones fueron conferidas durante la visita presidencial de carácter oficial a la República de Cuba, la cual según los considerandos ocurrió en los días 16 y 17 de julio de 2017. En las facultades delegadas se encontraba el ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 163, 165 Y 166 de la Carta Política, artículos que incluyen la presentación de objeciones presidenciales. Así mismo, se constata que el escrito de objeciones fue presentado el 17 de julio, es decir, durante la referida delegación.

De otra parte, se aprecia que estas fueron suscritas por el Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, con lo cual el Gobierno se conformó en debida forma.

Si bien pareciera que en el caso de la referencia podría hacer falta la presencia del Ministro del Trabajo para conformar el Gobierno, en la medida que dicha Cartera tiene por competencia la de “1. Formular, dirigir, coordinar y evaluar la política social en materia de trabajo y empleo, pensiones y otras prestaciones” (artículo 2, Decreto 4108 de 2011), lo anterior no resulta acertado, por las siguientes razones.

Según la jurisprudencia, la selección del Ministro que debe conformar el Gobierno para efectos de las objeciones presidenciales, se establece según los siguientes puntos: “(1) la materia general del proyecto de ley objetado;

(2) el asunto específico respecto del cual se hace la objeción; (3) el impacto que pueda tener la norma objetada en los asuntos a cargo de un ministerio particular; y (4) la competencia específica del ministerio¹.

Si bien es cierto que la materia general del proyecto de ley está relacionada con la cartera del Trabajo, el asunto específico que soporta las objeciones se refiere a la dimensión fiscal del proyecto, respecto del cual el referido ministerio carece de competencia. En tal sentido, el impacto del contenido objetado no es estrictamente en asuntos del trabajo, sino en temas financieros, razón por la cual, el Ministro llamado a conformar el Gobierno corresponde con el que efectivamente suscribió el documento. Una interpretación contraria llevaría a que fuese necesaria la concurrencia de un ministerio que no puede dimensionar los verdaderos impactos frente al asunto objetado, y que por ende no pueda tomar una decisión objetiva al respecto. Prueba de ello es la carta de comentarios del Ministerio de Trabajo al referido proyecto, publicada en la Gaceta No. 857 de 2015, en la que refiere que no puede rendir informe sobre el impacto fiscal de la medida, pues solo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es quien cuenta con la información sobre los costos fiscales que generarían la aprobación de estos proyectos².

De otro lado, frente a la temporalidad de su presentación, el Ministerio Público no puede rendir un concepto exacto de constitucionalidad, puesto que en relación con la firma manuscrita que parece ser la constancia de recibido, se 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 la oficina parlamentaria, se encuentra cumplido el artículo 166 de la Carta Política, pues según consta en folio 274, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República recibió el referido proyecto para sanción presidencial el día 10

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-196 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

² En la referida Carta del Ministerio de Trabajo puede leerse lo siguiente: "En atención a los proyectos de ley allegados al Ministerio del Trabajo para efectos de que emitamos el correspondiente concepto técnico, de manera atenta manifestamos que hemos agrupado los proyectos de ley respecto de los que tienen un impacto fiscal que afectaría el Sistema Pensional y los proyectos de ley que tienen impacto en el sector productivo que aumentaría los costos salariales para los empleadores, para efectos de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público información sobre los costos fiscales que generarían la aprobación de estos proyectos y al Departamento Nacional de Planeación información sobre el impacto que podrían tener estas medidas sobre la generación de empleo dadas las actuales condiciones por las que atraviesa el país" Gaceta No. 285 de 2015.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Procurador General

Concepto No. **le - 6394**

de julio de 2017, y según se advierte en el folio 334, las objeciones fueron presentadas el 17 de julio del mismo año. Teniendo en cuenta que el artículo 166 de la Carta Política, según la interpretación de la Corte Constitucional³, 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, el plazo fenecía el 18 de julio, es decir, en forma posterior al día en que se presentaron las referidas objeciones.

Respecto de la aprobación del informe de objeciones, en el expediente obran tres documentos que dan cuenta de dicho trámite: una certificación suscrita por el Secretario de la Cámara de Representantes, a folio 232, otra suscrita por el Secretario del Senado de la República, a folio 301, y el documento denominado REGISTRO Y TRÁMITE DE PROYECTOS DE LEY Y ACTOS LEGISLATIVOS, obrante a folio 345. Mientras que en los dos primeros se señala la fecha de los anuncios, de la votación, y el cumplimiento de las mayorías; en el tercero se citan algunas gacetas en las que se publicaron las actas correspondientes, al menos para la Cámara de Representantes.

De acuerdo con lo señalado en el documento obrante a folio 345 se encuentra que el 4 de abril de 2018 fue aprobado el Informe de Objeciones Presidenciales, por parte de la Plenaria de la Cámara de Representantes, lo que podría constatarse en el Acta 278 de 4 de abril de 2018, publicada en la Gaceta 226 de 2018; y que la aprobación del informe fue anunciado el 3 de abril de 2018, como constaría en el Acta 277 del 3 de abril de 2018, publicada en la Gaceta 294 de 2018.

Del mismo folio 345 se puede inferir que las objeciones fueron aprobadas por la Plenaria del Senado en sesión del 20 de marzo de 2018, como debería constar en el Acta 47 del 20 de marzo de 2018, documento que al parecer no se encuentra publicado en las gacetas del Congreso; y que su anuncio previo aconteció el 14 de diciembre de 2017, como constaría en el Acta 46 del 14 de diciembre de 2017, que igualmente pareciera no haber sido publicada.

³ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-433 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-838 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Al confrontar las referidas gacetas con el trámite de la Cámara de Representantes, se encuentra que efectivamente el informe de objeciones fue anunciado en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes del día 3 de abril de 2018 (Gaceta 294 de 2018), y que en la Sesión del 4 de abril fue aprobado, incluyendo la respectiva nota aclaratoria (Gaceta 226 de 2018). Debe anotarse que el referido proyecto fue objeto de votación ordinaria, de la siguiente forma:

“Dirección de la Presidencia, Rodrigo Lara Restrepo:

Bueno muy bien, como se trata de una objeción por inconstitucionalidad se puede votar por mayoría, entonces abro la discusión de este informe, anuncio que lo voy a, se va a cerrar, se cierra la discusión.

¿Aprueba la Plenaria este informe de objeción presidencial presentado por el doctor Ape Cuello y Carlos Abraham Jiménez?

Secretario General, Jorge Humberto Mantilla Serrano:

Ha sido aprobado señor Presidente con la nota aclaratoria ya leída.

Dirección de la Presidencia, Rodrigo Lara Restrepo:

Muy bien, siguiente punto señor Secretario”.

Si bien el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, que modificó el artículo 130 de la Ley 5a de 1992, señaló que “Como regla general, las votaciones serán nominales y públicas, con las excepciones que determine la presente ley o aquellas que la modifiquen o adicionen, el artículo 1° de la misma ley permitió como una de las excepciones a tal regla, “cuando en el trámite de un proyecto de ley exista unanimidad por parte de la respectiva comisión o plenaria para aprobar o negar todo o parte del articulado de un proyecto, a menos que esa forma de votación sea solicitada por alguno de sus miembros”.

Al respecto se estima que era posible utilizar la referida votación, no por la razón señalada por el Presidente de la Cámara, sino porque respecto del contenido de la votación había unanimidad respecto al asunto que se aprobaba. Además, en la votación efectuada en forma inmediatamente anterior se constató una votación en la que concurrieron 92 Representantes, de lo cual se puede inferir que existía el quorum suficiente para adoptar por unanimidad una decisión que requería mayoría simple, según el artículo 199 de la Ley 5a.



Concepto No. 6394

Frente a la aprobación en el Senado de la República, solo se cuenta con la certificación obrante a folio 301, de la cual pareciera que se cumplieron los trámites exigidos. No obstante, los mismos no pudieron ser verificados porque el expediente no contiene las Actas ni las Gacetas que incorporan los documentos para tal fin.

3.2 Consideraciones sustanciales

Para el Ministerio Público las objeciones por inconstitucionalidad 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 necesidad de buscar alternativas para su subsanación, ya sea regresando el proyecto del Congreso de la República o mediante 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) Inexistencia de la necesidad de aval gubernamental en el caso concreto

En primer lugar, el Gobierno plantea que se ha violado el artículo 154 de la Carta Política, porque el proyecto en estudio requería iniciativa o aval gubernamental por tratarse de una disposición que implica una exención tributaria. Al respecto, el Ministerio Público no comparte que la referida ley estuviera sometida a iniciativa gubernamental, y por tanto, estima que dicha objeción debe declararse infundada.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha señalado que la interpretación de la expresión “*exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales*” inserta en el señalado artículo 154 C.P., no sólo se refiere a la *exclusión del deber de tributar*, y por ende, incluye las disposiciones que busquen reducir las cargas impositivas, y que ello es aplicable a la disminución de los aportes al Sistema de Seguridad Social⁴, la Procuraduría considera que dicha interpretación debe contextualizarse en forma adecuada, pues no puede ampliarse hasta el punto en el que deje

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1707 de 2000, C-748 de 2009 y C-838 de 2008.

sin efectos otras competencias normativas que el Congreso sí puede ejercer sin aval gubernamental.

Por lo tanto, para contextualizar el correcto uso de tal expresión, debe acudirse a dos factores, el primero, la definición natural de la expresión *exención fiscal*, y el segundo, ciertas distinciones en torno a las competencias del Congreso y su impacto económico.

Según la Real Academia de la Lengua Española - RAE - una exención fiscal es una "*ventaja fiscal de la que por ley se beneficia un contribuyente y en virtud de la cual es exonerado del pago total o parcial de un tributo*". De tal definición debe resaltarse que en el lenguaje natural, la expresión exención implica una connotación de *ventaja*. Así, un primer elemento para poder determinar si el Congreso se encuentra tramitando una Ley que requiera la iniciativa prevista en el 154 es determinar si prevé una ventaja.

En segundo lugar, la forma adecuada de establecer si una cierta norma corresponde a una exención de las que son de competencia privativa del Ejecutivo, es establecer si es posible encuadrar el proyecto o texto normativo en alguna tipología legal que sí pueda ser expedida sin la iniciativa del Gobierno, pues en este caso no tendría sentido limitar el alcance del principio democrático.

Por ejemplo, en la Sentencia C-838 de 2008, Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte evaluó la constitucionalidad del proyecto de ley número No. 026 de 2007 Senado, 121 de 2007, Cámara, que tenía por objeto disminuir el impacto en la cotización de los pensionados, generado por la Ley 1122 de 2007, a través de una disminución progresiva del 0.5% de cotización adicional señalado por dicha disposición legal. Pese a que el Gobierno había propuesto que la disminución del referido 0.5 fuese gradual, iniciando por su eliminación para las pensiones de un salario mínimo mensual vigente; el Congreso extendió dicha exención a todos los pensionados. A lo anterior la Corte Constitucional señaló que el comportamiento del Congreso era acorde a la Constitución, porque su facultad de enmienda a los proyectos, incluso los de iniciativa gubernamental, no estaba condicionada a la iniciativa. Nótese que materialmente, lo que hizo la Corte Constitucional en dicha sentencia fue



Concepto No. 6394

reconocer que *no toda exención requiere estrictamente aval gubernamental* pues de ser así, el Congreso no hubiese podido conceder un beneficio distinto al previsto originalmente por el Ejecutivo en su proyecto. En el mismo sentido, lo que ello significa es que si una labor legislativa puede ser enmarcada en una competencia que no requiera aval o iniciativa, esta puede ser desplegada por el legislador a pesar que consecuentemente implique la previsión normativa de una exención.

Todo lo anterior permite derivar que no toda *reducción en la carga impositiva* puede ser catalogada como una exención fiscal sometida a iniciativa legislativa, ya que si esta no implica una ventaja, sino que más bien es la consecuencia del ejercicio de una competencia propia del Congreso, mal podría limitarse por la restricción del artículo 154 superior.

Al revisar el numeral 23 del artículo 150 de la Carta Política, se encuentra que al Congreso le corresponde “[E]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (subrayado por fuera del original), competencia que no requiere de la iniciativa legislativa.

Si bien es cierto que el rediseño de la prestación de servicios públicos puede implicar como consecuencia un alivio económico a sus usuarios, ello no quiere decir que dicho alivio sea estrictamente una exención, pues en los eventos en que este derive de una *adecuación o modernización* de un servicio público, difícilmente puede calificarse como una ventaja, y más bien, lo que implica es la concreción de los derechos derivados de la materialización del Estado Social de Derecho y de la eficiencia administrativa. Así mismo, como no es posible atribuir al Ejecutivo un poder de veto para la materialización consecuentel de los derechos constitucionales, difícilmente puede pensarse que la exigencia del 154 sea aplicable en estos eventos.

Al descender al caso concreto, se encuentra que la norma en estudio se enmarca en la competencia del numeral 23 del artículo 150 C.P., la cual puede ser expedida por el Congreso sin requerir de aval gubernamental.

Nótese que en este caso el Legislador no cambió los aportes a pensiones de un grupo de mujeres, sino que varió los elementos estructurales de su

derecho para acceder a la pensión, con el fin de corregir una asimetría existente entre la edad para pensionarse de las mujeres y las semanas que les resultarían obligatorias para tal fin, todo ello, de cara a su realidad laboral. En suma, como el objeto de la norma es cambiar los elementos estructurales del derecho para acceder a la pensión, no se trata de una exención tributaria, y por ende, no requeriría aval gubernamental, y como consecuencia, se solicitará que la Corte Constitucional juzgue como **INFUNDADA** la primera objeción gubernamental.

b) La exigencia legislativa del artículo 48 Superior como una medida de sostenibilidad fiscal

Señala el Gobierno que el artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 impuso un deber especial al Congreso de la República, consistente en que *“Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.* Por lo anterior, todas las medidas que tome el Congreso frente al sistema de pensiones deben contar con las medidas que impidan su desfinanciación, ya sea estableciendo una fuente alternativa de financiación, o generando los recortes de gasto suficientes para que la puedan cubrir.

A diferencia de lo señalado en relación con el artículo 154 C.P., en el caso del artículo 48 ibídem, no importa si la norma se trata de una reestructuración de los elementos que implican el nacimiento del derecho, o una disminución de los aportes, en cualquier evento, el referido requisito resulta aplicable, pues la carga impuesta al Legislador no prevé excepciones, y por ende, se aplica siempre que la norma expedida tenga algún efecto en el recaudo de los correspondientes parafiscales. Como en el caso de la referencia, la norma implica una disminución en el recaudo del sistema de pensiones, era un imperativo que el Congreso cumpliera la exigencia constitucional del artículo 48, calculando cuál era su impacto fiscal y solventándolo, ya sea mediante el aumento del recaudo o a través de la disminución del gasto. No obstante, al revisar la norma, se encuentra que el Congreso incumplió tales deberes.

En primer lugar, el Legislador intentó cumplir este requisito disminuyendo el monto de la pensión de quienes se accedieran al referido beneficio. No



Concepto No. ~~10~~ - 6394

obstante, dicha medida no resultó aprobada en el texto final, y mal puede pensarse que la obligación del artículo 48 se satisfaga con la deliberación de proposiciones que no se integren a la Ley.

Como una segunda forma de satisfacerlo, el Congreso propuso su nota aclaratoria al informe de objeciones, que la medida adoptada consistía en reducir dicho beneficio sólo a las mujeres que se pensionaran con dos salarios mínimos mensuales vigentes, o menos. No obstante ello tampoco satisface el deber, pues en todo caso, esa limitación de los beneficiarios no implica que se mitigue la disminución en el recaudo, frente a las pensiones que se entregan.

Ahora bien, debe evaluar la Corte Constitucional cuál es la consecuencia derivada de la falta del cumplimiento del deber del artículo 48 constitucional.

Antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011, podría pensarse que la consecuencia necesariamente debería ser la inexecutable de la Ley, no obstante, dicha enmienda constitucional obliga a una solución diferente. Lo anterior, porque la reforma efectuada a través del Acto Legislativo 03 de 2011 implicó una reinterpretación de las cláusulas concernientes a la sostenibilidad fiscal, según la cual, esta no debe entenderse como una barrera para la materialización del Estado Social de Derecho, sino que debe concebirse como un incentivo a la búsqueda de caminos institucionales, a través de la colaboración armónica, que permitan satisfacer progresivamente los derechos, en un marco de sostenibilidad.

El artículo 334 de la Constitución Política, 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



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto No. **6384**

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.

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” (subrayados por fuera del original).

Como se refirió en el concepto 6380, rendido 1 de febrero de 2018 en el expediente OG-155, una lectura conjunta de los apartes resaltados del artículo transcrito:

“permite inferir 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 aún, 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



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto No. 6394

derechos fundamentales, no resulta fácil definir el alcance de dicho criterio como fundamento para declarar la inexecuibilidad 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 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, cabe anotar que incluso la reforma constitucional en mención supuso que en la ley estatutaria de salud se señalara que la sostenibilidad fiscal no podría ser excusa para efectos de la protección del derecho fundamental a la salud, criterio que resulta aplicable en tratándose de la pensión, dado que el derecho a ella también tiene ese mismo raigambre.

Nótese que la reforma de 2011 implica una reinterpretación de las cláusulas constitucionales relativas a la sostenibilidad fiscal, debiendo estas entenderse como un imperativo transversal, pero no *prima facie* como un veto o una barrera de todo o nada. En lugar de ello, antes de decretar una inconstitucionalidad por cuenta de una medida de sostenibilidad fiscal, existe el imperativo superior de permitir un diálogo interinstitucional que intente materializar el Estado Social de Derecho sin afectar la sostenibilidad financiera.

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.

Como en el caso concreto, el Legislador debió tomar medidas para la viabilidad financiera de la propuesta, pero de allí no se puede seguir una inconstitucionalidad como primera solución, la Corte Constitucional debe permitir la apertura de canales institucionales que favorezcan la superación de los eventuales yerros, lo que se traduce en que antes de declarar la objeción, debe aplicar el mecanismo de subsanación de yerros previsto en el artículo 199 de la Ley 5ª de 1992. Tal norma señala que: *“[S]i la Corte Constitucional considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga o integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Cumplido este trámite, se remitirá a la Corte el proyecto para su fallo definitivo”*.

En este caso el vicio consiste en la inexistencia de deliberación sobre medidas para mitigar el impacto fiscal que puede generar el proyecto de Ley, de modo que sumando alternativas que logren atenderlo, esa Corporación garantizaría el respeto del artículo 334 de la Carta en su dimensión actual. Por ello, lo que el Ministerio Público estima como constitucional, es que esa Corporación regrese el proyecto al Congreso, con el fin de que este realice la modificación del caso y defina si son pertinentes las medidas que impidan la desfinanciación del sistema pensional por cuenta del beneficio otorgado, y solo después de este procedimiento, se juzgue si la segunda objeción resulta o no fundada.

En caso de que la Corte Constitucional no estime acertado lo anterior, la Procuraduría encuentra necesario resaltar 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 pudiese 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



Concepto No. **№ - 6394**

vejez; y el proyecto de ley en estudio puede tenerse como una expresión de la necesidad de lograr dicho propósito.

c) La inexistencia de la violación de la equidad y la eficiencia en el Sistema de Seguridad Social

Finalmente, el Ministerio Público no comparte que el proyecto implique una violación de la equidad, la eficiencia, o de otros valores que soportan el sistema pensional, como la solidaridad, por el hecho de alterar el reparto de las cargas públicas, o que este imponga obligaciones excesivas a los demás afiliados.

Es verdad que al disminuirse el tiempo de cotización de un grupo específico, se genera una carga de subsidio mayor a cargo del sistema. No obstante, ese sólo hecho no implica una violación de la solidaridad o de la equidad o de la eficiencia, ya que para evidenciar la transgresión de tales criterios, hace falta demostrar que la asignación de recursos públicos carece de un criterio de razón suficiente, lo cual no se logra en la objeción.

Por el contrario, resulta claro que el objeto de la asignación de la referida ayuda estatal corresponde a la corrección de la asimetría existente entre el tiempo de cotización exigido y la edad autorizada para la pensión de las mujeres, en especial, frente a aquellas de menores recursos, quienes por su situación laboral, difícilmente alcanzan a acceder a las semanas mínimas de cotización exigidas.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que *“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”*⁵, otorgando para tal fin un amplio margen de configuración a favor del Congreso de la República, que es la autoridad llamada a ponderar representativamente la conveniencia en la imposición de tributos y en la forma en que estos se destinan.

⁵ Sentencia C-388 de 2016, Corte Constitucional.

Concepto No. 6394

de impacto fiscal, para que las garantías sustanciales que deban ser amparadas se puedan implementar a través de procesos flexibles.

Desde tal perspectiva, si la Corte Constitucional encuentra que el Gobierno tiene razón en la violación del artículo 48 C.P., y que no es posible regresar el proyecto al Congreso de la República, las normas referidas le imponen la obligación de modular los efectos del fallo para lograr un cumplimiento escalonado del mismo, u otra alternativa que permita la ejecución de la ley sin que la sostenibilidad fiscal resulte afectada.

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 es el relativo a las medidas de sostenibilidad fiscal, referidas en el artículo 48 superior, antes de declarar la inconstitucionalidad de la medida, debe evaluar la posibilidad de abrir cauces institucionales para su subsanación, o en su defecto, modular su aplicación, justamente para armonizar la progresividad con la viabilidad de las políticas legislativas objeto de juicio.

En suma, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que *antes de declarar fundada la segunda objeción*, **REGRESE EL PROYECTO AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** con el objeto de que delibere y adopte las medidas que estime pertinentes para asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en el proyecto, conforme al artículo 199 de la Ley 5a de 1992, y solo después de esto, proceda a juzgar si estas son o no suficientes. En caso de que no se acceda a lo anterior, se solicita que la Corte Constitucional que **MODULE EL EFECTO DE SU FALLO CON EL FIN DE LOGRAR SU CUMPLIMIENTO GRADUAL Y ARMONIZADO CON EL MARCO FISCAL.**

Al respecto no sobra anotar el especial interés que tiene el Ministerio Público para que a través de las vías democráticas se logre un gran pacto institucional y social que permita actualizar el sistema de protección de la



Concepto No. **Nº - 6394**

Así, es el Congreso conforme al principio de *no taxation without representation*, el que puede variar las cargas sociales bajo criterios razonables y admisibles por el ordenamiento superior, como lo hace en el caso de la referencia, y mientras no se evidencie suficientemente que tal asignación carece de un principio de razón suficiente, este resulta ser del marco de la potestad legislativa.

Ejemplo de la referida ponderación es que el Legislador decidió entregar el beneficio en estudio al grupo de mujeres que se pensionan con dos salarios mínimos, y no a todas, pese a que la referida asimetría entre el tiempo para pensionarse y la edad autorizada para ellas podría predicarse de todo el grupo y no sólo de las de menos recursos. Lo anterior, por cuanto de acuerdo a su autoridad democrática estimó alterar las cargas públicas en favor de la parte más desfavorecida de las mujeres.

Por lo anterior, el Ministerio Público encuentra que la decisión adoptada por el Congreso de la República no vulnera los principios de solidaridad y equidad, y por ende, solicitará que se declare esta objeción como **INFUNDADA**.

4. Conclusión

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que se declaren **INFUNDADAS** las objeciones relacionadas con los artículos 154 y 48 de la Carta Política, relativas a falta de aval y a la violación de la solidaridad, la eficiencia y la equidad en el sistema pensional.

De otro lado, se solicita a la Corte Constitucional que *antes de evaluar la segunda objeción*, **DEVUELVA EL PROYECTO AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** con el objeto que incluya las medidas necesarias para que asegure la sostenibilidad financiera de lo establecido en el proyecto, conforme al artículo 199 de la Ley 5a de 1992; y que una vez regrese a la Corte, profiera un fallo definitivo.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**
Procurador General

Concepto No. **№ - 6394**

En caso que no se acceda a lo anterior, se solicita que la Corte Constitucional **MODULE LOS EFECTOS DE SU FALLO CON EL FIN DE LOGRAR SU CUMPLIMIENTO GRADUAL Y ARMONIZADO CON EL MARCO FISCAL.**

De los Señores Magistrados,


JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

**Viceprocurador General de la Nación con funciones de Procurador
General de la Nación**

LOM/dfm