

se encontraba viciada), con lo cual se negó a los miembros de la Plenaria del Senado la oportunidad de sanear el vicio en el que se había incurrido.

2. El proyecto es Inconstitucional por violación del artículo 154 superior en tanto establece una exención tributaria sin el aval expreso del Gobierno. Dado que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los aportes al sistema general de seguridad social integral (salud y pensiones) son aportes parafiscales, la disminución del monto de la tarifa del 12% al 4% para los pensionados constituye un beneficio tributario cuya consagración legal requiere el aval expreso del Gobierno, representado en este caso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, única cartera con la competencia legal para ese efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### OBJECIONES PRESIDENCIALES

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

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

OFI17-00087471/ JMSC 110200

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

Doctor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Ciudad

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

Respetado doctor:

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

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

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

Secretario Eljach: Sí quieren Presidente.

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

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

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

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

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

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

Secretario: Sí quiere Presidente.

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

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

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

Ante lo cual el Presidente del Senado honorable Senador Lizcano Arango, luego de dar la palabra al honorable Senador Villalba Mosquera, manifiesta “...*tiene la palabra el Senador Édinson Delgado, vamos a estudiar la conciliación de los pensionados. Senador Édinson Delgado para que presente de manera detallada la conciliación, y le doy la palabra a todos los senadores, vamos a abrir el debate...*”. (Subrayas propias).

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

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

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

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

Posteriormente, tiene lugar la sesión del 15 de junio, en la cual el Presidente de la Plenaria da la palabra al honorable Senador Delgado Ruiz quien expone nuevamente los antecedentes del proyecto de ley y del informe de conciliación, y posteriormente da lectura

al informe de la subcomisión creada en la sesión del 13 de junio indicando “...*una vez revisadas las normas constitucionales, el reglamento del Congreso, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional arriba mencionada, hemos concluido que solo se podría considerar esta conciliación únicamente en el caso que sea por corrección formal de vicios como lo ha hecho la corporación en oportunidades anteriores y aceptado por la Corte Constitucional. Como se aprecia, en el presente caso no se presentó ningún vicio ya que las dos Cámaras aprobaron el informe de conciliación que acogió en su integridad el texto aprobado en la Cámara de Representantes, cumpliendo todos los requisitos legales y constitucionales. Por lo anterior, consideramos, que el someter nuevamente esta conciliación a votación, causaría vicios de inconstitucionalidad ya que sería reiniciar un proceso concluido...*”.

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

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

Posteriormente, el Presidente de la Plenaria pregunta “*¿Quiere la Plenaria aplazar la conciliación para el martes?*” Para votar el aplazamiento, el Presidente de la Plenaria ordena nuevamente la apertura del registro para la votación de manera nominal y pública. Sin embargo, manifiesta el Presidente de la Plenaria “*igual Senador aquí no tiene quorum para aprobarlo Senador, ¿con qué quorum lo va a aprobar, si los Senadores se le salieron?*”.

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

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

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

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

La anterior descripción permite evidenciar que el proceso de aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley bajo estudio en la Plenaria de Senado, sufrió una serie de irregularidades que configuran un vicio en la formación de la Ley, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: (i) la votación del informe de conciliación en la sesión Plenaria del 7 de junio de 2017 carece del requisito de unanimidad, (ii) en la sesión plenaria del 7 de junio de 2017 en la cual se sometió a votación el informe de conciliación al proyecto de ley objetado se eludió el debate, (iii) la reapertura votada y aprobada en la sesión plenaria del 7 de junio era procedente para subsanar los vicios de forma, pero no concluyó adecuadamente, por lo tanto el vicio no fue convalidado.

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

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

La Corte Constitucional consolidó en la Sentencia C-337 de 2015<sup>1</sup> el precedente recogido en los Autos 32 de 2012, 118 de 2013 y 175 de 2015 sobre las condiciones de validez de la votación ordinaria entendida como la excepción a la regla de votación nominal y pública establecida en el artículo 133 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2009.

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

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

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

En segundo lugar, recogió y sistematizó unos **indicadores** que permiten inferir la existencia de unanimidad. Estos se evidencian (i) “cuando al declarar el resultado de la votación se deja constancia expresa e inequívoca de la aprobación unánime, ya sea en el acta de sesión o en alguno de los demás medios probatorios que registra lo ocurrido durante la votación<sup>2</sup>”; y, (ii) “cuando en el curso de los debates se dan manifestaciones indicativas de unanimidad, lo que ocurre, por ejemplo, cuando los informes de ponencia hayan sido favorables, se aprueba omitir la lectura del articulado<sup>3</sup>, ninguno de los integrantes de la plenaria o comisión solicita la votación nominal y pública<sup>4</sup> y, en general, cuando no se registran posiciones contrarias a la aprobación del proyecto”. Y también señaló que tales indicadores se desvirtúan cuando se presentan manifestaciones expresas de oposición al proyecto, cuando alguno o varios de los congresistas solicitan que la votación se realice acudiendo a la regla general de votación nominal y pública, o cuando alguno o varios de los parlamentarios dejan constancia de voto negativo frente al debate estructural de la iniciativa legislativa<sup>5</sup>.

En resumen, el precedente constitucional sobre la votación ordinaria implica que la simple manifestación de unanimidad no es suficiente para tener por válida una votación efectuada con excepción a la regla de votación nominal y pública. La Corte ha indicado entonces que la validez de la votación ordinaria requiere la demostración razonable de i) la existencia de quorum decisorio y mayorías<sup>6</sup>; ii) la existencia de indicios razonables sobre la voluntad unánime de la corporación de aprobar el proyecto, que se expresa en la ausencia de manifestaciones de oposición por los participantes o solicitudes de votación nominal y pública.

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

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

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

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

<sup>5</sup> Sentencia C-337 de 2015.

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

En el caso que nos ocupa, el quorum y las mayorías decisorias son fácilmente verificables toda vez que dos minutos antes de la votación ordinaria del proyecto se había efectuado la votación nominal y pública de otro proyecto de ley, aprobado por 58 votos<sup>7</sup>.

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

Prueba de ello es que entre los minutos 3:35:00 y 3:58:50 de la grabación de la sesión del 7 de junio de 2017<sup>8</sup> los honorables Senadores Claudia López y Antonio Navarro manifiestan su preocupación por el contenido del texto aparentemente votado por unanimidad por la Plenaria, y solicitan la reapertura del debate. Igualmente, en la sesión del 15 de junio de 2017<sup>9</sup> se demuestra con absoluta suficiencia que la voluntad de aprobación del informe de conciliación distaba de ser unánime. Para probarlo, basta con escuchar las intervenciones de los honorables Senadores Rodrigo Villalba Mosquera<sup>10</sup>, Iván Duque<sup>11</sup>, Rosmary Martínez<sup>12</sup>, Horacio Serpa<sup>13</sup>, Luis Fernando Duque<sup>14</sup>, Álvaro Antonio Ashton<sup>15</sup>, Jorge Iván Ospina<sup>16</sup>, María del Rosario Guerra<sup>17</sup>, y Julio Miguel Guerra<sup>18</sup>, en las que manifiestan expresamente su oposición al informe de conciliación del proyecto en el que se acogió el texto de Cámara que extendía la reducción del aporte de salud a todos los pensionados sin distinguir su capacidad contributiva, mientras que el texto aprobado en cuarto debate de plenaria del Senado había admitido el beneficio únicamente para los pensionados que devengaran menos de 4 smlmv.

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

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

El debate ha sido definido por la Corte Constitucional como la oportunidad que tienen los senadores y representantes de participar en la discusión y aprobación de una ley durante su trámite en el Congreso, sin que la deliberación se encuentre sujeta a un grado mínimo de calidad, intensidad, profundidad y suficiencia<sup>19</sup>. En ese sentido, se ha constituido como una garantía esencial del principio de participación política parlamentaria y como un prerrequisito para la toma de decisiones, mediante el cual se asegura la intervención activa de los congresistas, en especial de los grupos minoritarios, en el proceso de expedición de las leyes<sup>20</sup>.

La Corte ha sido enfática en resaltar que si bien existe la necesidad de debate, ello no quiere decir que se exijan intervenciones para cada una de las normas que conforman el proyecto deliberado, o que se requiera la intervención de un número específico de los miembros del Congreso<sup>21</sup>. Sin embargo, lo que no puede ser eludido en ningún trámite legislativo, “(...) es que la Presidencia, de manera formal, abra la discusión para que, quienes a bien lo tengan, se pronuncien en el sentido que les parezca”<sup>22</sup>. Adicionalmente, la jurisprudencia ha calificado como inadmisibile el hecho que “(...) se pase de manera directa de la proposición a la votación, sin que medie ni siquiera la oportunidad para discutir”<sup>23</sup>. En ese orden, esa Corporación ha entendido que el derecho a debatir es satisfecho “(...) cuando los órganos directivos de las células legislativas, en acatamiento a las normas que regulan el proceso legislativo, mantienen abiertos los espacios de participación con plenas garantías democráticas, es decir, cuando brindan a los congresistas la oportunidad de intervenir en las deliberaciones de los proyectos de ley o de actos legislativos sometidos a la consideración del legislador”<sup>24</sup>. Pues lo que se

<sup>7</sup> Minuto 2:32:02 de la grabación de la sesión del 7 de junio de 2017.

<sup>8</sup> Se puede verificar en [https://www.youtube.com/watch?v=3\\_b3TsDrkbc&feature=youtu.be&list=PLlp88uU7eCQ6DlmC\\_OeYSHK8jPzTkLfZ&t=9203](https://www.youtube.com/watch?v=3_b3TsDrkbc&feature=youtu.be&list=PLlp88uU7eCQ6DlmC_OeYSHK8jPzTkLfZ&t=9203)

<sup>9</sup> Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=qndgQm2SpX4&feature=youtu.be&t=11541>

<sup>10</sup> Minuto 3:19:48 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

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

<sup>12</sup> Minuto 3:25:44 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>13</sup> Minuto 3:27:15 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>14</sup> Minuto 3:34:44 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>15</sup> Minuto 3:39:01 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>16</sup> Minuto 3:42:05 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>17</sup> Minuto 3:46:08 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

<sup>18</sup> Minuto 3:51:50 de la grabación de la sesión del 15 de junio de 2017.

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

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

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

<sup>22</sup> Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

<sup>23</sup> Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

<sup>24</sup> Op. Cit., Sentencia C-087 de 2016.

pretende garantizar con el debate parlamentario es que la votación sea el resultado de la deliberación libre de ideas, conceptos y criterios<sup>25</sup>.

Constitucionalmente, los debates deben reunir seis elementos fundamentales: 1. Número mínimo de congresistas presentes para iniciar la deliberación y adoptar decisiones<sup>26</sup>. 2. Cumplimiento de mayorías decisorias<sup>27</sup>. 3. Carácter imperativo de los debates en las comisiones y plenarias<sup>28</sup>, “(...) *sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley*”<sup>29</sup>. 4. Publicidad de la norma debatida<sup>30</sup>. 5. Período mínimo entre debates<sup>31</sup>; y 6. La votación de lo deliberado como cierre del debate<sup>32</sup>. Adicionalmente, la Ley 5ª de 1992 establece unas condiciones legales que deben cumplir los debates: 1. Definición legal de debate<sup>33</sup>. 2. Momento de iniciación y terminación del debate<sup>34</sup>. 3. Quórum deliberatorio y decisorio requeridos<sup>35</sup>. 4. Reglas de intervención y participación<sup>36</sup>. 5. Condiciones de aplazamiento del debate<sup>37</sup>. y 6. La suficiente ilustración<sup>38</sup> como condición para el cierre del debate<sup>39</sup>; entre otros.

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

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

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

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

*“Bueno primero quiero que todos tengan conciencia que hace 20 minutos votamos que la parte que van a tener que pagar todos los pensionados en salud es el 4%, porque se acogió el texto de Cámara y no el de Senado. El de Senado decía que eran solamente aquellos que tenían 4 salarios mínimos o menos de pensión y el texto de cámara que todos los pensionados. Y en la conciliación se acogió el texto de Cámara y aquí se aprobó, pues, sin ninguna discusión. Simplemente dejar esta constancia para que cuando les pregunten sepan que aquí votamos así hace una media hora*<sup>41</sup>”.

A partir de lo descrito, es evidente que la aprobación del informe de conciliación en la Plenaria del Senado no tiene validez, por cuanto la Presidencia de esa Cámara no permitió a los miembros del Parlamento discernir, hacer pública su opinión, manifestar sus ideas o expresar su desacuerdo con respecto al texto a ellos presentado<sup>42</sup>.

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

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

<sup>26</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1992. Artículo 145.

<sup>27</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 146.

<sup>28</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

<sup>29</sup> Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

<sup>30</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

<sup>31</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 160.

<sup>32</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157.

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

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

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

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

<sup>37</sup> Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículo 107.

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

<sup>39</sup> Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

<sup>40</sup> Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

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

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

<sup>43</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-473 de 2005.

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

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

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

Como se expresó anteriormente, la Constitución contempla una serie de exigencias para que los proyectos se conviertan en ley. Entre ellas, el requerimiento imperativo de debate y la necesidad de haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate<sup>44</sup>. Adicionalmente, el Reglamento del Congreso requiere que el sometimiento a discusión de cualquier proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva corporación, culmine con la votación general<sup>45</sup>.

La Corte ha señalado que la falta de deliberación o elusión de debate da lugar a un vicio de trámite, pues, de manera contraria a lo contemplado en la Constitución y en la Ley 5ª de 1992, una decisión es tomada sin oportunidad de discusión<sup>46</sup>. Sin embargo, en virtud del principio de instrumentalidad, la misma Corporación ha reconocido que existe la posibilidad que a lo largo del propio proceso legislativo algunas irregularidades sean saneadas<sup>47</sup>, “(...) en la medida en que se haya cumplido con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, o la irregularidad haya sido expresamente subsanada por una autoridad que tenía competencia para efectuar ese saneamiento”<sup>48</sup>.

Con respecto al caso en específico, como ya fue demostrado, la aprobación del informe de conciliación no contó con la deliberación requerida, razón por la cual se configuró un vicio de forma en el respectivo trámite. Ante dicha elusión de debate, el honorable Senador Navarro Wolff propuso la reapertura de la discusión<sup>49</sup> con el fin de que los miembros de la Plenaria del Senado tuvieran la oportunidad de presentar sus opiniones sobre el asunto. La mencionada reapertura fue acogida, y el Presidente dio trámite de la misma en la sesión del 13 de junio de 2017. Sin embargo, en vista de la presentación de múltiples impedimentos, el debate no fue reabierto y se conformó una subcomisión para que aclarara a la Plenaria las salidas que existían frente al texto acogido por la comisión de conciliación<sup>50</sup>. Como resultado de la misma, el informe de la subcomisión señaló que no era procedente la reapertura del debate y por lo tanto se solicitó la ratificación de la votación por la cual se había aprobado el informe de conciliación que acogía el texto aprobado en plenaria de la Cámara de Representantes<sup>51</sup>.

En ese sentido, es evidente que a pesar de que la elusión de debate intentó ser convalidada dentro del trámite en el Congreso, la misma no fue saneada siempre que, ante la aprobación del informe de la subcomisión conformada, se negó a los miembros de la plenaria del Senado la oportunidad de contar con un espacio para presentar sus consideraciones con respecto al informe de conciliación<sup>52</sup>. En consecuencia, a pesar de la moción de orden del honorable Senador Navarro Wolff, no se cumplió con el propósito que los artículos 157 de la Constitución Política y 94 del Reglamento del Congreso protegen, consistente en garantizar el principio democrático de participación política parlamentaria.

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

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

El artículo 1º del proyecto establece:

<sup>44</sup> Op. Cit., CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 157, numeral 3.

<sup>45</sup> Op. Cit., Ley 5ª (17, junio, 1992). Artículo 94.

<sup>46</sup> Op. Cit., Sentencia C-252 de 2012.

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

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

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

<sup>50</sup> Intervención 1:42:30. Sesión Plenaria 13 de junio de 2017.

<sup>51</sup> Intervención honorable Senador Delgado. Sesión Plenaria 20 de junio de 2017.5:54:30.

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

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

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

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

Los aportes en salud son una contribución parafiscal cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>53</sup>. Estas decisiones han precisado que son el resultado de la soberanía fiscal del Estado, y en consecuencia una clase de tributo de carácter obligatorio que se cobra a un grupo determinado y se invierte en beneficio del mismo<sup>54</sup>. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

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

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

Ahora bien, es relevante considerar que la disminución de la cotización en salud de los pensionados del 12% al 4% es una disminución de la tarifa de un tributo y, por lo mismo, es una medida que incorpora una exención o beneficio tributario.

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

Por lo anterior, teniendo que el contenido del proyecto de ley *sub examine* incluye una exención tributaria, es preciso aclarar que tanto la Constitución como la propia Corte han resaltado que la iniciativa legislativa para estos asuntos es privativa del Gobierno. Ahora bien, aunque el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para establecer este tipo de beneficios, tal como ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia constitucional<sup>57</sup>, se debe precisar que esa libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente, la de iniciativa gubernamental de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política que establece:

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

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

Al respecto, la Corte afirmó que<sup>58</sup>:

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

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

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

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

<sup>55</sup> Sentencia C-430 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

En el caso concreto, el proyecto de ley objeto del presente pronunciamiento establece un beneficio tributario, como quiera que disminuye el monto de las cotizaciones por aportes a salud de los pensionados del 12% al 4%. Al respecto, se debe indicar que actualmente el monto del aporte a salud para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es del 12.5% del ingreso o salario base de cotización<sup>59</sup>, mientras que el de los pensionados es del 12%<sup>60</sup> por efecto de una exención otorgada por la Ley 1250 de 2008, medida que fue considerada por la Corte Constitucional como una exención generalizada para todos los pensionados, al manifestar que *“...la variación introducida por el Congreso consistió en extender una exención a toda la población pensionada, y no sólo a un sector de ella...”*<sup>61</sup>. (Subrayas fuera de texto).

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

Al respecto, se debe tener en cuenta que mediante carta de comentarios de fecha 5 de octubre de 2015 el Ministerio del Trabajo, consideró que *“...la iniciativa presentada resultaría loable y meritoria, en la medida en la que protege al grupo poblacional de especial atención como son los adultos mayores, que busca mantener el poder adquisitivo de las pensiones garantizándoles los derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social. Sin embargo, el proyecto de ley no incluye el análisis respecto del impacto fiscal que la disminución del porcentaje de aporte tendría sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud de tal forma que no se comprometa la sostenibilidad financiera del Sistema conforme a la normatividad vigente y con sujeción a las normas de carácter presupuestal. Cualquier propuesta que se presente debe proteger los derechos de forma progresiva, de tal manera que no desborde la financiación del Sistema...”*<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Artículo 204 de la Ley 100 modificado por el artículo 10 de la Ley 112 de 2007.

<sup>60</sup> En virtud de lo establecido en la Ley 1250 de 2008 que adicionó un parágrafo al artículo 204 de la Ley 100.

<sup>61</sup> Sentencia C- 838 de 2008.

<sup>62</sup> Sentencia C-177 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>63</sup> Sentencia C-838 de 2008.

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

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

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

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

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

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

No obstante, se debe tener en cuenta que reiterada jurisprudencia constitucional ha considerado que “...*el aval que da el Gobierno a los proyectos que cursan el Congreso no puede provenir de cualquier ministro por el sólo hecho de serlo, sino solo de aquel cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley...*”<sup>67</sup>.

En atención a lo anterior, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la única entidad competente para avalar las iniciativas tributarias, pues es función del Ministerio de Hacienda definir, formular y ejecutar la política económica del país, así como preparar las leyes, decretos y la regulación, en materia fiscal y tributaria, entre otras. En consonancia con lo anterior, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003<sup>68</sup> exige que exista compatibilidad entre los proyectos de ley que otorguen beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo, con base en lo cual requiere “...*que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal...*”<sup>69</sup>.

Asimismo, es función del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, participar en la elaboración de la regulación económica de la seguridad social<sup>70</sup>. Por lo tanto, se destaca que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, planteó observaciones de carácter técnico, fiscal y legal durante el trámite legislativo para oponerse al presente proyecto de ley, manifestando expresamente la ausencia de aval del gobierno a la iniciativa<sup>71</sup>.

Por lo anterior, se considera que el trámite de la presente iniciativa está viciado de inconstitucionalidad<sup>72</sup>, en los términos de lo establecido, entre otras, en la Sentencia C-1707 del 2000:

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

En atención a lo expuesto, el proyecto de ley debe ser declarado inexecutable, habida cuenta que como se ha mostrado refiere a un asunto de la competencia privativa del Ejecutivo para su trámite legislativo, el cual hace parte de un proyecto de ley que no es de la iniciativa del Gobierno nacional y que no contó con su aval, conforme se manifestó en más de cuatro ocasiones de manera expresa, a través de las cartas de intervención radicadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a los textos de publicación, ponencia

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

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

<sup>67</sup> Ver Sentencias C-121 de 2003 y C-838 de 2008.

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

<sup>69</sup> Sentencia C-141 de 2010.

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

<sup>71</sup> Ver *Gacetas del Congreso* 138 de 2016 y 378 de 2017.

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

para segundo<sup>73</sup>, tercer y cuarto debate<sup>74</sup>, así como lo manifestado en el concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social frente al informe de ponencia para primer debate<sup>75</sup>.

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

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

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

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

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

#### 3.1 Los principios de equidad y de progresividad en materia tributaria

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

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

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

Frente al principio de progresividad, la Corte estableció que:

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

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

*El principio de equidad tributaria ha sido definido por la Corte como una manifestación específica del principio general de igualdad y comporta la proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados, ya sea porque se desconozca el mandato de igual regulación legal cuando no existan razones para un tratamiento desigual, o porque se desconozca el mandato de regulación diferenciada cuando no existan razones para un tratamiento igual. El principio de progresividad tributaria dispone que los tributos han de gravar de igual manera a quienes tienen la misma capacidad de pago (equidad horizontal) y han de gravar en mayor proporción a*

<sup>73</sup> Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 138 de 2016.

<sup>74</sup> Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 378 de 2017.

<sup>75</sup> Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 273 de 2016.

<sup>76</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003.

*quienes disponen de una mayor capacidad contributiva (equidad vertical)*<sup>77</sup>. (Negrillas propias).

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

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

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

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

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

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

- Por otro lado, y reforzando este punto, la diferencia tarifaria se justifica constitucionalmente por otras razones: (i) es una decisión razonable para la sostenibilidad financiera del sistema; adicionalmente (ii) los pensionados suelen tener menos responsabilidades respecto a terceros en relación con las que tienen los trabajadores activos; y finalmente (iii) la condición de pensionado hace cesar la obligación de cotizar para pensión y por lo tanto, disminuye considerablemente su carga impositiva<sup>78</sup>.
- Por otra parte, **respecto a la necesidad e importancia del tratamiento actual de los pensionados y su aporte diferencial**, la jurisprudencia se ha referido a la necesidad de los respectivos aportes en materia de seguridad social, producto del principio de solidaridad. Así, la Corte manifestó que:

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

(Subrayas y negrillas nuestras).

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

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

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

*“Esta disposición encuentra sustento en la naturaleza misma de la seguridad social, que es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de las personas (CP artículo 48). Por ende, es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que estos paguen una*

*cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.”* (Énfasis nuestro).

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

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

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

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

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

Ha anotado la Corte en diversa jurisprudencia<sup>79</sup>, al referirse a la carga de justificación del análisis de un beneficio regresivo, que:

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

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

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

Ahora bien, cabe resaltar que la declaratoria de constitucionalidad del esquema de contribución de los pensionados pone de presente no solo su relevancia para la estructura de financiación del sistema de salud, sino el reconocimiento constitucional de que se trata de un grupo poblacional con la capacidad contributiva para soportar esa carga. Por lo mismo, la disminución abrupta y significativa del monto de sus aportes requiere (i) un análisis de si se trata de un beneficio tributario razonable, que persiga un fin constitucionalmente válido y (ii) una evaluación del efecto de la medida sobre la progresividad de todo el sistema.

El proyecto de ley del asunto omite las dos consideraciones. Por un lado, reconoce un beneficio generalizado, extensivo a todos los pensionados sin consideración del monto de

<sup>77</sup> Sentencia C-397 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>78</sup> Sentencia C-126 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

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

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

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

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

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

Y es que el sistema actual está diseñado de tal manera que los pensionados aporten en un porcentaje mayor que el de los trabajadores activos para garantizar la equidad, la solidaridad y la progresividad, observando la capacidad contributiva de los distintos grupos. Como es sabido por la honorable Corte, los trabajadores activos - además de las evidentes condiciones y contextos claramente diferentes ya resaltados por la Sentencia C-126 de 2000- deben no solo aportar al Sistema General de Seguridad Social en materia de salud, sino también en pensiones, aspecto que no sucede con los pensionados. Así las cosas, las capacidades contributivas de los diferentes grupos de contribuyentes no son iguales y, por lo tanto, las cargas impositivas tampoco pueden serlo.

De pretender igualar las cargas impositivas de sujetos en condiciones diferentes y con capacidades contributivas evidentemente diferentes, como se establece en el proyecto de ley objetado, se estaría afectando abiertamente no solo la sostenibilidad del sistema, sino además su diseño progresivo, como reconoció la Corte en diversas ocasiones<sup>80</sup>. Sobre esto, se considera que la norma le imprime una dosis manifiesta de regresividad al sistema, pues afecta no solo a un grupo específico, sin observar su capacidad contributiva, sino que además desdibuja el diseño equitativo de las contribuciones y las diferentes tarifas impositivas de todos los sujetos.

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

*La jurisprudencia ha establecido que la progresividad es un principio exigible del sistema. No obstante, esto no implica que dicho principio sea ajeno al control constitucional de determinados impuestos individualmente considerados, o de elementos singulares integrantes del ordenamiento tributario, ni que sea inaplicable a los tributos indirectos, sino que al examinar la constitucionalidad de cada uno de estos componentes, a la luz del principio de progresividad, las preguntas que debe hacerse el juez deben apuntar a definir: (i) si el mencionado tributo o elemento podría aportar al sistema una dosis de manifiesta regresividad, (ii) si desconoce el derecho al mínimo vital y (iii) si como instrumento fiscal incorpora una limitación irrazonable en el principio de progresividad (CP artículo 363). En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias de regresividad para el sistema, que lo harían inconstitucional<sup>81</sup>.*

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

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

<sup>80</sup> Véanse las Sentencias C-126 de 2000 o C-229 de 1998.

<sup>81</sup> Sentencia C-100 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

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

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

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

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

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

##### **4.1 Violación al principio de solidaridad**

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

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

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

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

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dentro de su objeto crear condiciones de acceso para toda la población<sup>83</sup>, para lo cual el Estado tiene el deber de adoptar políticas que aseguren “la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas”<sup>84</sup>.

El régimen subsidiado de salud tiene como propósito “...financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar...”<sup>85</sup>, con especial énfasis en sujetos de especial protección. Es de aclarar que el régimen subsidiado recibe recursos de diversas fuentes de financiación<sup>86</sup>, dentro de las cuales se encuentran los aportes de los afiliados al régimen contributivo, de los que se destina hasta uno punto cinco puntos (1.5) para financiar la subcuenta de solidaridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1438 de 2011, según lo defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>82</sup> Sentencia C-126 de 2000.

<sup>83</sup> Artículo 152 Ley 100 de 1993

<sup>84</sup> Artículo 2° Ley 1751 de 2015.

<sup>85</sup> Sentencia C-898 de 2003.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

Así, el porcentaje de cotización de salud del 12% para los pensionados, tiene fundamento constitucional en la reciprocidad que resulta del principio de solidaridad, que obliga a las personas de contribuir en la financiación del sistema de manera sostenible. Esta característica coincide así mismo con el principio de solidaridad definido en la Ley 1751 de 2015<sup>90</sup> como *“el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”*.

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

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la misma decisión expresó otras razones que complementan la justificación constitucional de la medida: (i) es una decisión razonable para la sostenibilidad financiera del sistema; (ii) los pensionados suelen tener menos responsabilidades respecto a terceros en relación con las que tienen los trabajadores activos; (iii) la condición de pensionado hace cesar la obligación de cotizar para pensión<sup>91</sup>.

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

Así las cosas, la Corte señaló como alternativas posibles para sustituir el aporte correspondiente a los empleadores en el momento que el afiliado adquiere la calidad de pensionado, que el mismo: (i) sea asumido directamente por el pensionado, (ii) deba recurrirse a los recursos del presupuesto para financiar seguridad social o, (iii) se

incrementa la cotización de los trabajadores activos<sup>92</sup>. Por lo tanto, concluye la Corte Constitucional que la asunción total del porcentaje de cotización por los pensionados es un **desarrollo del principio de solidaridad** en la medida que *“...si los propios pensionados no asumen su cotización en salud, es muy probable que la ley hubiera debido incrementar los aportes de los trabajadores...”*.

La solidaridad así vista permite entender que la cotización en salud de los pensionados constituye una fuente importante de la sostenibilidad financiera del sistema, pues *“...los aportes que provienen de la cotización de la población pensionada se causan mes a mes y constituyen un importante rubro de ingreso para el Sistema de Seguridad Social en Salud...”*<sup>93</sup>. Es una realidad la ayuda mutua que impera en el servicio público de salud, además porque está anclado en el deber de todo ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado en un plano de justicia y equidad<sup>94</sup>. Bajo este escenario, la Corte también indicó que el monto actual de cotización de la población pensionada responde a una *“...contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos...”*<sup>95</sup>.

Ahora bien, dado que los aportes a seguridad social en salud son recursos de ese sistema, se precisa que el recaudo de los mismos es una función asignada a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), quienes proceden a descontar el monto reconocido por cada uno de sus afiliados para garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios (“Unidad de Pago por Capitación” (UPC), y posteriormente realizan el giro al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)<sup>96</sup>, de la diferencia resultante de los ingresos por concepto de cotizaciones menos el valor de las UPC correspondientes. Estos dineros se destinan a la subcuenta de compensación, que se encarga de realizar el pago correspondiente a las EPS en las cuales el valor a descontar por concepto de UPC fue superior al valor recaudado por concepto de cotizaciones<sup>97</sup>.

Lo anterior, permite evidenciar que los recursos correspondientes a los aportes en salud no solo permiten la prestación del servicio de salud para los afiliados que pagan un aporte que supera el valor de la UPC respectiva, sino que facilita la prestación de servicios de salud para los afiliados cuya UPC es más alta y que por tanto sus valores deben ser compensados a las EPS a través de los recursos provenientes de los aportes pagados por otros afiliados.

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

#### 4.1.3 Conclusiones sobre la violación al principio de solidaridad

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

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

Finalmente, se destaca que si bien el SGSSS ha incrementado su cobertura, no ha logrado que el 100% de la población colombiana cuente con servicio de salud, y quedan todavía muchos aspectos por mejorar en cuanto a beneficios, esto sin tener en cuenta los retos que impone la creación de un régimen de exclusiones como el contemplado en la Ley 1751 de 2015<sup>98</sup>. Por lo tanto, el SGSSS no se encuentra en un momento oportuno para reducir fuentes de financiación. Por el contrario, para hacer efectiva la prestación del

<sup>92</sup> Sentencia C-126 de 2000.

<sup>93</sup> Sentencia C-430 de 2009.

<sup>94</sup> Art. 95-9 C.P.

<sup>95</sup> Sentencia C-126 de 2000.

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

<sup>97</sup> Ver artículos 177, 205 y 220 de la Ley 100 de 1993.

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

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Sentencia C-126 de 2000

<sup>89</sup> Ibid.

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

<sup>91</sup> Ibid.

servicio de salud en los términos establecidos en la Ley Estatutaria de Salud, ampliar la cobertura en zonas rurales, incluir nuevas tecnologías en salud y la prestación de un mejor servicio en términos de oportunidad y eficiencia requiere de enormes esfuerzos financieros que no se acompañan con lo previsto en la iniciativa objeto de estudio.

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

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

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

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

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

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

El principio de progresividad se estableció inicialmente en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2.1: “*1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. En consideración a que la garantía de dichos derechos tiene una carga prestacional muy alta para el Estado, el Pacto entiende que, si bien no es posible garantizar el acceso al mejor nivel posible de estos derechos, sí existe una obligación consistente en que de forma progresiva se alcance dicho nivel.

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

De esta forma, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012 se refirió al principio de progresividad, para precisar que la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser empleado para contrariar el principio de progresividad en la garantía de todos los derechos: “*La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa*

*garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso. (...). La actual jurisprudencia constitucional también ha señalado que el principio de progresividad no es solo aplicable a la categoría de los derechos sociales, sino que refiere a la faceta prestacional que tienen todos los derechos constitucionales, bien sean catalogados nominalmente como fundamentales, sociales o colectivos”.*

En lo relacionado con el SGSSS, el mandato de no regresividad implica que al Estado le está vedado **disminuir los factores existentes que configuran el sistema de salud y que el conjunto de los mismos es el irreductible punto de partida para la consecución del derecho**<sup>99</sup>. Por lo tanto, la desaparición de las fuentes de financiación del Sistema de Salud, sin que se establezcan otras que las reemplacen, afecta el cumplimiento de este mandato y no consulta los postulados constitucionales que ordenan tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal<sup>100</sup> ni las disposiciones de carácter orgánico sobre transparencia fiscal y la estabilidad macroeconómica<sup>101</sup>.

Los aportes de los afiliados al régimen contributivo son fundamentales para la real y efectiva garantía de la salud tanto para los afiliados al régimen contributivo como para los afiliados al régimen subsidiado, en tanto constituyen una importante fuente de financiamiento del SGSSS. Vale decir que según lo establecido en la LES **el financiamiento hace parte integral de la definición de sistema de salud**, por lo tanto, la eliminación de las fuentes de financiación, constituye una reducción de los factores que configuran el sistema de salud, y representa una violación a la obligación a cargo del Estado según la cual debe “*abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población...*”<sup>102</sup> (Subrayas propias).

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

En este sentido, se debe tener en cuenta que aun cuando el Ministerio de Hacienda conceptuó frente al texto de publicación, ponencia para segundo<sup>103</sup>, tercer y cuarto debate<sup>104</sup> que la iniciativa “...*pasa de un esquema constitucional, avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompaña con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que no prevé una fuente sustituta de recursos...*” el legislador, continuó con el trámite de la iniciativa sin establecer en ninguna de sus versiones la manera en que serán compensados los recursos que dejará de percibir el SGSSS.

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

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

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

En ese sentido, los argumentos que se desarrollan en el presente capítulo alrededor del desconocimiento de la sostenibilidad fiscal **pretenden demostrar tanto la inconveniencia como la inconstitucionalidad del proyecto y la objeción que respecto de ellos se plantean reviste las dos condiciones.**

Para el efecto, la exposición se realizará en dos subcapítulos. Primero se hará referencia a la **importancia de la sostenibilidad fiscal, y a su violación de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, el artículo 6 de la LES, y un par de normas orgánicas y estatutarias:** (i) el 7 de la Ley 819 de 2003 (orgánica), según el cual, todo proyecto de ley que tenga impacto fiscal debe establecer la “fuente de ingreso adicional generada para el

<sup>99</sup> Sentencia C-313 de 2014.

<sup>100</sup> Artículo 334 de la Constitución Política.

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

<sup>102</sup> Artículo 5° literal a Ley 1751 de 2015.

<sup>103</sup> Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 138 de 2016.

<sup>104</sup> Publicada en la *Gaceta del Congreso* número 378 de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

En ese sentido, el criterio de sostenibilidad fiscal como instrumento orientador de las actuaciones de las ramas del poder público, impone a todos los funcionarios públicos el deber de tomar conciencia sobre la importancia de que el gasto público sea sostenible en el tiempo, de tal forma que este no supere los ingresos disponibles o la capacidad de pago que tiene el Estado. Bajo este entendimiento, el criterio debe ser utilizado como una herramienta para lograr la realización de los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho, en la medida en que se reconoce que hay una relación importante entre las garantías constitucionales y la (limitada) disponibilidad de recursos públicos en el tiempo para su cumplimiento. Así las cosas, **la sostenibilidad fiscal también debe ser una**

**preocupación que atañe al Congreso de la República, y no puede ser obviada en el ejercicio de sus funciones constitucionales.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**“ARTÍCULO 7°. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS.** *En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.*

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

*Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales, el trámite*

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

previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces". (Subrayado fuera de texto original).

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

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

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

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

(...)

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

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

Al respecto, se aclara que el texto propone su entrada en vigencia desde el 1° de enero de 2017 reduciendo a los pensionados su cotización en salud a 4% de la respectiva mesada pensional, por lo cual se proyecta que solo en 2017 el sistema de salud, incluido el que rige a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG<sup>106</sup>, dejaría de recibir **\$3.1** billones de pesos. El siguiente cuadro presenta el costo anual del proyecto para los próximos 5 años (se aclara que en un horizonte de tiempo más amplio, el monto es superior):

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

Fuente: Cálculos MHCP

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

Para el año 2017, dado que la ley prevé que tendrá efectos a partir del 1° de enero del presente año, se generaría un desequilibrio en el financiamiento del Sistema de Salud en el país, incluido FOMAG. Para el presente año, se estima que el total de cotizaciones aportan al año alrededor de **\$19** billones, las cuales provienen del pago realizado por 12.8 millones de cotizantes colombianos. De este monto, alrededor de **\$4.6** billones de pesos corresponden a la cotización realizada por aproximadamente 2 millones de pensionados cotizantes (15.6% de los cotizantes) quienes aportan a la fecha el 12% del Ingreso Base de Cotización (IBC). La disminución de la cotización a 4% del IBC, haría que el recaudo por cotizaciones de mesadas pensionales se reduzca en **\$3.1** billones para el año 2017, afectando el financiamiento de la prestación del servicio de salud en el país y poniendo en riesgo la continuidad en el aseguramiento en salud de aproximadamente 4.4 millones de afiliados.

Además, el que se establezca que la ley será efectiva a partir del 1° de enero de 2017, plantea gravísimos problemas de financiamiento para la presente vigencia fiscal, porque los recursos ya recaudados en el primer semestre, cerca de **\$1.6** billones, se utilizaron por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), para atender el pago de los servicios de salud de sus afiliados, entre ellos los pensionados. Lo anterior, significaría la necesidad de obtener recursos adicionales para financiar el eventual reintegro de recursos por el primer semestre y por supuesto para compensar los recursos para el segundo semestre, recursos que precisamente el proyecto de ley no prevé.

Tal impacto **pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema y las coberturas alcanzadas en términos de población y de beneficios con los recursos legales vigentes**, puesto que el proyecto de ley no incluye una fuente de financiamiento adicional para el Sistema lo cual (i) **genera desequilibrios financieros al Sistema de Salud con efectos fiscales**

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

dada la participación de la Nación en la cofinanciación de los regímenes Contributivo y Subsidiado; (ii) **limita el acceso de la población afiliada a los demás servicios** y tratamientos en salud que el Sistema suministra y; (iii) **compromete la progresividad del gasto público social que la Constitución Política ordena**, teniendo en cuenta que los sistemas de salud enfrentan dinámicas de gasto derivadas del crecimiento y envejecimiento de la población y de la innovación tecnológica, principalmente.

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

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

El inciso segundo del artículo 1° del proyecto establece:

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

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido de manera general que "...el principio de irretroactividad de la Ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano..."<sup>107</sup>. Ahora bien, como se explicó en el apartado número 2, el proyecto de ley del asunto versa sobre una materia tributaria, pues los aportes al sistema de salud son parafiscales. Por lo mismo, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 363 de la Constitución Política, que establece expresamente que "*Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad*".

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

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

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

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

Los aportes a seguridad social en salud, son recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales son recaudados por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), quienes previo descuento del monto reconocido por cada afiliado con el cual garantiza la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios ("Unidad de Pago por Capitalización" (UPC)), realizan el giro al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)<sup>112</sup>, de la diferencia resultante de los ingresos por concepto de cotizaciones menos el valor de las UPC correspondientes, recursos con los cuales se financia la subcuenta de compensación del Fosyga y que están destinados a financiar a las entidades en las cuales el valor de la UPC sea superior al de los ingresos por concepto de cotizaciones<sup>113</sup>. Por su parte,

<sup>107</sup> Sentencia C-402 de 1998.

<sup>108</sup> Sentencia C-785 de 2012.

<sup>109</sup> Sentencia C-430 de 2009.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> Ibidem.

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

<sup>113</sup> Ver artículos 177, 205 y 220 de la Ley 100 de 1993.

los aportes a la seguridad social en salud que realizan los pensionados docentes son recaudados por el FOMAG para atender el pago de las Unidades de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM) a las entidades prestadoras de servicios de salud contratadas por dicho Fondo para la atención asistencial de los docentes activos, pensionados y sus grupos familiares.

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

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

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

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

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

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público (E),

*Andrés Escobar Arango.*

El Ministro de Salud y Protección Social,

*Alejandro Gaviria Uribe.*

La Ministra de Trabajo (E),

*Luz Dary Coronado Marín.*

Bogotá, D. C., julio 7 de 2017

S.G.2-1134/2017

Doctor

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

Presidente de la República

Bogotá, D. C.

Excelentísimo señor Presidente:

Por instrucciones del señor Presidente de esta Corporación, doctor Miguel Ángel Pinto Hernández y en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 157 numeral 4, 165 y 166 de la Constitución Política y 196 de la Ley 5ª de 1992, comedidamente me permito remitir el **Proyecto de ley número 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados.**

El proyecto de ley en mención fue debatido y aprobado por el Congreso de la República en las siguientes fechas:

CÁMARA DE REPRESENTANTES		SENADO DE LA REPÚBLICA	
Comisión Séptima:	Noviembre 10 de 2015	Comisión Séptima:	Diciembre 14 de 2016
Plenaria Cámara:	Abril 25 de 2016	Plenaria Senado:	Mayo 24 de 2017
Conciliación:	Junio 15 de 2017	Conciliación:	Junio 20 de 2017

Se anexa hoja de ruta con toda la información del proyecto de ley referido; asimismo y de acuerdo con la política de cero papel, las gacetas podrán ser consultadas en el link <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>, histórico gacetas, consultar por número de la gaceta (digitar la gaceta solicitada y el año-ver contenido).

Cordialmente,

La Secretaria General (e),

*Yolanda Duque Naranjo.*

Anexo: Expediente legislativo en tres tomos: I Tomo (A-745) folios, I Tomo (146-149) folios y I Tomo (422-22) folios.

Dos (2) textos de ley.

LEY ...

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

El Presidente del Honorable Senado de la República,

*Óscar Mauricio Lizcano Arango.*

El Secretario General del Honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

El Presidente de la Honorable Cámara de Representantes,

*Miguel Ángel Pinto Hernández.*

El Secretario General de la Honorable Cámara de Representantes,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*