

C-066-18

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Objeciones presidenciales al proyecto de ley que modifica la cotización mensual de los pensionados

OBJECIONES GUBERNAMENTALES AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA COTIZACION MENSUAL AL REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD DE LOS PENSIONADOS-Objeciones fundadas/OBJECIONES PRESIDENCIALES-Trámite/OBJECIONES PRESIDENCIALES-Oportunidad

INICIATIVA LEGISLATIVA-Clausula general del Congreso de la República/INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO-Contenido y alcance/INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA-Exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales

AVAL GUBERNAMENTAL EN LOS PROYECTOS PROPIOS DE SU INICIATIVA-Requisitos

Como requisitos de dicho aval, señalaron las providencias que (i) el consentimiento expresado para dar el aval gubernamental debe necesariamente haber sido expresado dentro del trámite legislativo. (...) (ii) puede ser expreso o tácito; (iii) no requiere ser presentado por escrito ni mediante fórmulas sacramentales; (iv) el aval no tiene que ser dado directamente por el Presidente de la República, pudiendo ser otorgado por el ministro titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto. Incluso la sola presencia en el debate parlamentario del ministro del ramo correspondiente, sin que conste su oposición a la iniciativa congresual en trámite, permite inferir el aval ejecutivo. La Corte ha aceptado que el aval sea otorgado por quien haga las veces del ministro correspondiente y (v) en cuanto a la oportunidad en la que debe manifestarse el aval, se tiene que éste debe manifestarse antes de la aprobación del proyecto en las plenarios.

AVAL GUBERNAMENTAL EN LOS PROYECTOS PROPIOS DE SU INICIATIVA-Negativo

Cuando ha existido una manifestación expresa del ejecutivo, oponiéndose al trámite del Proyecto no puede derivarse de ninguna manera un aval gubernamental.

VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO-Convalidación

INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA EN TRIBUTO-Vulneración/EXENCION DE TRIBUTO-No

solo abarca la eliminación total del tributo, sino también la disminución de la tarifa

PROYECTO DE LEY-Vicio de procedimiento

Referencia: Expediente OG-155

Revisión oficiosa de constitucionalidad de las Objeciones Gubernamentales al proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”

Magistrada Sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D. C., veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de conformidad con el procedimiento establecido en los Decretos 2067 de 1991 y 121 de 2017, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de enero de 2018, el Secretario General del Senado remitió a la Corte Constitucional copia auténtica del Proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 20015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”, que fue objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad.

II. TEXTO DEL PROYECTO OBJETADO.

El texto del proyecto de ley objetado es el siguiente:

LEY N°. _____

“POR EL CUAL SE MODIFICA LA COTIZACIÓN MENSUAL AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE

SALUD DE LOS PENSIONADOS”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

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

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

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

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

EL PRESIDENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

OSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

EL SECRETARIO GENERAL DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

GREGORIO ELJACH PACHECO

III. LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES.

El Presidente de la República y los ministros de Hacienda y Crédito Público, Salud y del Trabajo objetaron la constitucionalidad del proyecto de la referencia, por considerar lo siguiente:

1. La aprobación en la plenaria del Senado de la República del informe de conciliación del proyecto de ley 170 de 2016 Senado, 062 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”, incurrió en 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) no se convalidó el vicio porque la plenaria en la sesión del 20 de junio aprobó un informe de una subcomisión, cuya recomendación era ratificar la votación del 7 de junio (que se encontraba viciada), con lo cual se negó a los miembros de la plenaria del Senado la oportunidad de sanear el vicio en el que se había incurrido.

2. El proyecto es inconstitucional por violación del artículo 154 Superior en tanto establece una exención tributaria sin el aval expreso del Gobierno. Dado que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los aportes al Sistema General de la 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 este 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. Hay 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 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 cinco del 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 para financiar los beneficios en salud a los que actualmente tienen derecho, al eliminar 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 inconstitucionalidad, se encuentra la violación al principio de irretroactividad de la ley. Alega que 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 en que se considerara que la norma es ajustada a la Constitución, los efectos de esta 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.

En este orden, las objeciones pueden dividirse de la siguiente forma:

1. Objeciones por vicios de trámite

Primero. Vicios de trámite en la discusión y aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley objetados 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 5 de 1992).

El proceso de aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley bajo estudio en la plenaria del Senado sufrió una serie de irregularidades que configuran un vicio en la formación de la ley.

1. La votación del informe de conciliación realizada en la plenaria del Senado de la República, no es válida por cuanto no cumple con el 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 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 quinto 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.

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 quórum decisorio y mayorías, ii) la existencia de indicios razonables sobre la voluntad unánime de la corporación de aprobar el proyecto, que se expresa en la ausencia de manifestaciones de oposición por los participantes o solicitudes de votación nominal y pública.

En el caso que nos ocupa, el quórum 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. 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.

Lo anterior permite concluir que, no sólo 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.

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. En este sentido, se ha constituido como una garantía esencial del principio de participación política parlamentaria y como un prerequisite 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.

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. 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”. Adicionalmente, la jurisprudencia ha calificado como inadmisibles “que se pase de manera directa de la proposición a la votación, sin que medie ni siquiera la oportunidad para discutir”. 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 sometido a la consideración del legislador[1]”. Pues lo que se pretende garantizar con el debate parlamentario es que la votación sea el resultado de la deliberación libre de ideas, conceptos y criterios[2].

En ese orden, con respecto al caso específico, dice el escrito de objeciones que 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 a discusión el informe de conciliación. 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 de esta discernir, hacer pública su opinión, manifestar sus ideas o expresar su desacuerdo con respecto al texto a hechos presentados.

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 los congresistas compartían las propuestas contenidas en el informe de mediación, como lo establece la 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 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 a las reglas expuestas, requisito que no fue cumplido.

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

Dicen las objeciones que 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 5 de 1992, una decisión es tomada sin oportunidad de discusión, como lo señala la sentencia C-252 de 2012.

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, por cuanto 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. En consecuencia, no se cumplió con el propósito de los

artículos 157 de la Constitución Política y 94 del Reglamento del Congreso consistente en garantizar el principio democrático de participación política parlamentaria.

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

Según las objeciones, el proyecto de ley 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el 008 de 2015 Cámara “por el 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.

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 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 (...)”[3]

Por lo anterior, dado 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 libertad de configuración para establecer este tipo de beneficios, se debe precisar que esa libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente la iniciativa gubernamental, de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política.

La jurisprudencia de la Corte ha indicado 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 establece un beneficio tributario al disminuir el monto de las cotizaciones por aportes a salud de los pensionados del 12% al 4%.

Actualmente el monto del aporte a salud para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud es del 12.5% del ingreso, mientras que el de los pensionados es del 12% 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 un sector de ella”[4].

Por lo anterior, al tratarse de un asunto 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. 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 titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto.

En el presente caso el Ministerio de Trabajo manifestó ante el Congreso que la iniciativa presentada resultaría loable y meritoria. Sin embargo, el proyecto de Ley no incluye el análisis respecto al impacto fiscal que la disminución del porcentaje del 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.

De otra parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, emitió durante el trámite del proyecto de ley concepto en el cual concluye que por razones de orden constitucional y de inconveniencia, no era viable y, por tanto, solicitó respetuosamente su archivo.

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 el archivo de la iniciativa, considerando que la disminución de los recursos era vertiginosa y comprometía seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social de la salud. De igual manera, explicó que se generaría un desequilibrio que debería ser asumido por la Nación por el monto anual de \$3.7 billones de pesos, recursos que no estaban considerados en el presupuesto General de la Nación y ni el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

Así las cosas, según el Gobierno, se evidencia que ninguno de los ministerios que participaron durante el trámite del proyecto de Ley le 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 solo hecho de serlo, sino sólo de aquel cuya dependencia tenga alguna relación temática con el proyecto de ley.

En atención a lo anterior, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la única entidad competente para avalar las iniciativas tributarias, y así mismo es su función participar en la elaboración de la regulación económica de la Seguridad Social. Por lo tanto, se destaca en las objeciones 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 de gobierno a la iniciativa.

Por lo tanto, concluyen las objeciones señalando que el trámite de la presente iniciativa está viciado de inconstitucionalidad y el proyecto de ley debe ser declarado inexecutable, debido a que refiere a un asunto de la competencia privativa del Ejecutivo para su trámite legislativo y que no contó con su aval.

2. Objeciones por vicios de fondo

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

Aduce el Gobierno que la norma objetada propone una modificación profunda en la carga impositiva de un grupo específico de contribuyentes, sin observar de ninguna manera, no sólo la capacidad del grupo específico de contribuyentes, sino omitiendo un análisis

sistémico de la progresividad del sistema y desconociendo la capacidad contributiva del resto de contribuyentes que pertenecen al sistema.

1. Los principios de equidad y de progresividad en materia tributaria.

Explica el Gobierno que estos principios se derivan directamente del artículo 363 de la Constitución Política. En este sentido, el principio de progresividad en materia tributaria ha sido definido por la Corte Constitucional, como aquél 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, garantizando que quienes más tienen contribuyan más, y quienes menos tienen contribuyan menos.

En el caso que nos ocupa, 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.

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

Por una parte, 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 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.

Al respecto recuerda el Gobierno que la Corte manifestó que 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 deben en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.

Sobre el caso particular de la carga impositiva de los pensionados, recuerda el escrito de objeciones que la Corte afirmó claramente que la tarifa del 12% de contribución de este grupo no sólo era equitativa, sino además necesaria, observando su situación particular y la necesidad de su solidaridad para con el resto de los trabajadores activos. En el caso de los pensionados, 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 puede establecer 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.

En conclusión, el aporte de los pensionados, tal como está diseñado actualmente, no sólo es constitucionalmente válido, sino necesario para la sostenibilidad del sistema, necesario para garantizar la equidad y progresividad en materia tributaria del mismo.

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.

Sostiene el Gobierno 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, al contener una medida regresiva.

Dice el Gobierno que es necesario preguntarse 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 (menores cargas impositivas por beneficios exclusivos en el impuesto sobre la renta, como rentas exentas, e incluso por no estar sujeto a ciertas 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 supone 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.

Para el ejecutivo, es necesario (i) un análisis de si se trata de un beneficio tributario razonable, que persigue un fin constitucionalmente válido y (ii) una evaluación del efecto de la medida sobre la progresividad de todo el sistema.

De igualar las cargas impositivas de sujetos en condiciones diferentes y con capacidades contributivas diferentes, se estará afectando no sólo la sostenibilidad del sistema, sino su diseño progresivo, generándose regresividad.

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

Para el Gobierno, el presente proyecto de ley es violatorio del principio de solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, 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 constitucional 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.

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 la prestación a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

2. 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 y salud.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dentro de su objeto crear condiciones

de acceso para toda la población. En concreto, el régimen subsidiado de salud financia la atención a personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. Este régimen recibe recursos de diversas fuentes de financiación, dentro de las cuales se encuentran los aportes de los afiliados al régimen contributivo. Así, los recursos provenientes de los aportes son fundamentales para la efectiva garantía de la salud como servicio, no sólo para ellos mismos sino para los pertenecientes al régimen subsidiado. Por lo tanto, la disminución del monto de los aportes a 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.

3. 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 porcentaje de cotización de salud del 12% para los pensionados tiene fundamento constitucional en la reciprocidad que resulta el principio de solidaridad, que obliga a las personas a contribuir en la financiación del sistema de manera sostenible. Lo anterior permite evidenciar que los recursos correspondientes a los aportes en salud no sólo permiten la prestación del servicio para los afiliados que pagan un aporte que supera el valor de la Unidad de Pago por Capitación -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.

4. Violación al principio de progresividad del sistema de salud

Este principio le impone al Estado el deber de, con la participación de los particulares, ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social.

Así las cosas, la disminución deliberada de los recursos del sistema de salud lleva irreductiblemente a infringir el límite de progresividad y, en consecuencia, corresponde a una acción que atenta de manera flagrante contra la sostenibilidad del sistema. 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 estos es el irreductible punto de

partida para la consecución del derecho. 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 ni las disposiciones de carácter orgánico sobre transparencia fiscal y estabilidad macroeconómica.

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 Sistema General de Seguridad Social en salud, afectando la prestación adecuada del servicio de salud.

Tercero. Violación de la sostenibilidad fiscal, objeción de constitucionalidad y de conveniencia.

El proyecto de ley de la referencia fue expedido en violación de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, los artículos 5 y 6 de la Ley Estatutaria en Salud (en adelante LES) y el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, al afectar gravemente la sostenibilidad fiscal del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En ese sentido, su expedición no sólo resulta inconveniente para los ciudadanos y la sostenibilidad de los servicios de salud que hoy se financian con los recursos públicos de la salud, sino que además es inconstitucional.

Explica el Gobierno que 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 que dicho principio fuera elevado a rango constitucional y segundo, por el artículo 6 de la ley 1751 de 2015 que incluyó la sostenibilidad como un principio del derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución, 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. El criterio de sostenibilidad fiscal impone a los funcionarios públicos el deber de tomar conciencia sobre la importancia de que el gasto público debe ser sostenible en el tiempo, de tal forma que no supere los ingresos disponibles del 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.

Así las cosas, para el Gobierno, 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.

En la ley 1751 de 2015 el legislador estatutario estableció que para asegurar progresivamente el goce del derecho fundamental a la salud debía considerarse el criterio constitucional de sostenibilidad fiscal, con el objetivo de que los avances en materia de salud puedan materializarse en una garantía real del derecho y no en conceptos vacíos de imposible cumplimiento.

Vale señalar, dice el Gobierno, 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 estas disposiciones pueden terminar afectando la sostenibilidad del sistema y poner en riesgo la prestación de los beneficios de salud que ya se encuentran financiados.

En el caso del presente proyecto de ley, a juicio del Gobierno, 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.

La violación de la sostenibilidad fiscal también puede ser corroborada por el desconocimiento de disposiciones orgánicas y estatutarias sobre la materia. Al respecto, dicen las objeciones, es necesario recordar que la Corte Constitucional reconoció que las leyes orgánicas y estatutarias hacen parte del bloque de constitucionalidad y en ese sentido tienen jerarquía superior porque sirven de parámetro de constitucionalidad para la expedición de las leyes. Adicionalmente, la 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 caso, el proyecto de ley contraría de manera directa el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 y el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, 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. En el trámite del presente proyecto de ley no se atendió esta premisa, en tanto el Congreso durante el trámite del proyecto, pese a que se explicó por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el impacto para las finanzas del sistema, 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 incumple el deber que tiene el legislador de garantizar la financiación sostenible de los servicios, tal como lo disponen 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, 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 ninguna de las ramas del poder público.

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 período 2017-2022) de \$ 3.7 billones de pesos.

Al respecto, se aclara que el texto propone su entrada en vigor 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 sólo en 2017 el sistema de salud dejaría de recibir \$3.1 billones de pesos. Se estima que el costo del proyecto durante el 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 de ese año, se generaría un desequilibrio en el financiamiento del sistema de salud en el país. Para el presente año, se estima que el total de cotizaciones aportan al año alrededor de \$19 billones, los cuales provienen del pago realizado por 12.8 millones de cotizantes colombianos. De este modo, alrededor de \$4.6 billones de pesos corresponden a la cotización realizada por aproximadamente 2 millones de pensionados cotizantes (15.6 por ciento de los cotizantes), quienes aportan a la fecha el 12% del ingreso base de cotización. 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 de servicio de salud en el país y poniendo en riesgo la continuidad en el aseguramiento en salud de aproximadamente 4.4 millones de afiliados.

Tal impacto pone en riesgo la sostenibilidad del sistema, puesto que el proyecto de ley no incluye una fuente de financiamiento adicional para el mismo, lo cual (i) genera desequilibrio financiero del sistema de salud con efectos fiscales, dada la participación de la Nación en la cofinanciación de los regímenes contributivo y subsidiado, (ii) limita el acceso de la población afiliada a los servicios y tratamientos de salud que el sistema suministra y (iii) compromete la progresividad del gasto público social que la Constitución 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.

Cuarta. 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 de Ley establece que el mismo será efectivo a partir del 1 de enero de 2017. Para el Gobierno, 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 en que a la fecha que se han liquidado y pagado los aportes en salud de los pensionados con el 12% y respecto de los pagos de aportes en salud correspondientes a lo corrido de la vigencia 2017, en relación con los cuales, 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”[5]. Ahora bien, el proyecto de ley 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.

En atención al manejo de los recursos en el Sistema, las objeciones gubernamentales recuerdan que los aportes pagados bajo una determinada legislación son aplicados mes a

mes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir, son usados para financiar la Unidad de Pago por Capitación 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. Esto ha sido además acogido por la Corte Constitucional.

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

IV. RAZONES PARA DECLARAR INFUNDADAS LAS OBJECIONES POR PARTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por su parte, las Comisiones Accidentales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes propusieron a las respectivas plenarias declarar infundadas las objeciones presidenciales e insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley.

La primera objeción frente al proyecto de ley presentada por el Gobierno nacional corresponde a “Vicios de trámite en la discusión y aprobación del informe de conciliación del proyecto de ley objetado por parte de la Plenaria del Senado de la República.”

El Gobierno nacional argumenta que no abrir el debate para discutir el informe de conciliación y pasar directamente a votación presumiendo la unanimidad de criterio de los senadores implicó que la votación fuera ordinaria y no nominal. En este caso manifestó el Gobierno que el articulado no había sido considerado a profundidad en los anteriores debates y que los congresistas no compartían las propuestas contenidas en el informe, por lo que el método de votación adolece de un vicio de trámite.

Para las células legislativas no existe vicio de trámite, por cuanto la Ley 5ª no indica la necesidad de someter a debate este tipo de informes, en la medida en que se presume que los senadores conocen el texto de conciliación. Adicionalmente, es necesario considerar que se trata de un proyecto de ley que contiene 2 artículos, uno de ellos referido a su

vigencia. En este orden, el sentido del informe de conciliación era fácilmente comprensible para la Plenaria. De igual manera, el informe de conciliación fue publicado en la Gaceta del Congreso número 436 de 2017 el día 6 de junio de 2017, cumpliendo con lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Política, al haber sido publicado con un día de antelación a la realización del debate.

Tomando en cuenta que la votación del día 7 de junio no tuvo vicios de trámite, por cuanto el informe de conciliación fue publicado dentro del término establecido por la Constitución y por tanto debió ser conocido por los senadores, las dos Cámaras aprobaron el informe de conciliación el cual acogió en su integridad el texto aprobado por la Cámara de Representantes, cumpliendo todos los requisitos legales y constitucionales.

La segunda objeción planteada por el Gobierno nacional corresponde a que el proyecto de ley crea un beneficio tributario sin aval del Gobierno nacional, violando el artículo 154 de la Constitución Política, por lo que la iniciativa legislativa que se relaciona con este tema es exclusiva del ejecutivo y fue expedida sin aval del Gobierno nacional. Asimismo, indica que el Gobierno se opuso a la iniciativa a través del Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Hacienda. El argumento general es que los recursos que se dejarían de percibir tendrían que ser cubiertos por el Gobierno nacional y esto no se encuentra en el Presupuesto General de la Nación.

Frente a dicha objeción, la Comisión manifestó que el presente proyecto de ley no requiere iniciativa exclusiva del Gobierno por cuanto no se trata de una exención tributaria sino una reducción de la tarifa, situación que supone la no necesidad de una iniciativa gubernamental exclusiva.

En segundo lugar, pese a la necesidad de no requerir iniciativa privativa al ser un proyecto cuya temática no establece la obligación de obtenerlo, existió "aval" del Gobierno en cuanto el mismo equivale a la iniciativa siempre y cuando se cuente con (i) el consentimiento probado del Gobierno dentro del trámite legislativo, (ii) no es necesaria la formalidad en el aval bien sea por escrito o mediante alguna otra fórmula, (iii) el aval se debe presentar antes de la aprobación en Plenarias.

En este sentido, para los efectos de esta iniciativa, el aval debe ser ejercido por el Presidente de la República y el ministro del ramo correspondiente. Desde esta perspectiva

el Ministerio de Trabajo es el ministro quien para este tema constituye Gobierno y por lo tanto tiene la posibilidad de presentar o no el aval del proyecto en cuestión. Lo anterior se sustenta en el Decreto número 1833 de 2016. El aludido Ministerio de Trabajo se pronunció de manera favorable a la aprobación de la reducción del cobro hecho a los pensionados aduciendo que era loable.

El legislativo también adujo que contrario a lo que afirma el Gobierno Nacional, si bien el Ministerio de Hacienda tiene alguna competencia funcional marginal en la medida, no se puede desconocer que la misma afecta esencialmente el Sistema de Seguridad Social y la garantía de los derechos de los pensionados. En ese sentido, prevalece la opinión manifestada por el Ministerio del Trabajo.

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

La tercera objeción manifiesta que 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 sin analizar su capacidad contributiva, la progresividad del sistema de salud y la capacidad contributiva del resto de contribuyentes que pertenecen al sistema.

La Comisión manifestó que la contribución parafiscal en salud es general a los integrantes del sistema en los términos que la ley defina. De igual manera, considera que la progresividad se predica del sistema tributario y no cada tributo en sí mismo.

Por lo tanto, la objeción desde esta perspectiva carece de fundamentación como quiera que no se demuestra en qué medida la iniciativa legislativa (reducción del 12% al 4%) modifica la progresividad del sistema de manera latente.

De hecho, la reducción de la contribución significa una progresividad positiva en los derechos sociales que redundará en un mejor goce de los derechos por qué razón la iniciativa legislativa en cuestión genera una dosis de manifiesta regresividad, tampoco se demuestra cómo desfavorece el mínimo vital de las personas pensionadas, toda vez que el proyecto de ley favorece a todas luces el mínimo vital de los pensionados.

En la cuarta objeción, el Gobierno manifiesta que existe violación a los principios de solidaridad y progresividad de la seguridad social porque el proyecto de ley sacrifica una fuente considerable de recursos del sistema en beneficio de los pensionados, se vulnera el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por la supresión de fuentes de recursos y los recursos obtenidos por el pago efectuado por los pensionados contribuyen al financiamiento del régimen subsidiado de salud.

Al respecto el Congreso explica que la jurisprudencia constitucional en sede de revisión de las objeciones, frente a la misma problemática ha resuelto que la reducción de la tasa en favor de los pensionados es una forma de la solidaridad que busca que este grupo contribuya con la financiación del sistema pero que a su vez goce de una especial protección del Estado a razón de ser una población que cuenta con mayores contingencias que la población económicamente activa.

Desde esta perspectiva, la idea del legislador de reducir la contribución en salud tiene claros fundamentos de constitucionalidad. Por último, el Congreso asevera que la objeción del Gobierno confunde y desconoce el concepto de solidaridad en materia pensional.

En la quinta objeción el Gobierno argumenta que existe violación de la sostenibilidad fiscal en cuanto el Congreso no dispuso la fuente alternativa de recursos, afectando la cobertura y los beneficios de los usuarios del sistema de salud vigente. Asimismo, manifiesta que el proyecto viola leyes orgánicas y estatutarias que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Al respecto el Congreso manifestó que el principio de la sostenibilidad fiscal, de conformidad con el artículo 334 superior, resulta vinculante para todas las autoridades. Ello no quiere decir que cualquier determinación que vaya a ser adoptada por el Estado se encuentre sometida a una lógica incondicional economicista que anule los derechos de los ciudadanos ni los compromisos sociales que resultan exigibles a las autoridades en virtud de la cláusula del Estado Social de Derecho.

Esta observación es pertinente en la medida en que la reducción de la cotización que habrá de favorecer a todos los pensionados o a aquellos que reciben menos de cuatro SMLMV pretende contribuir a la realización de su derecho fundamental al mínimo vital. En ese sentido, la constitucionalidad del proyecto de ley no puede ser tenida en cuenta suponiendo

que se trata de una reforma legal que únicamente genera un impacto negativo en las finanzas públicas y se encuentra desprovista de alguna justificación que encuentre asidero en el texto constitucional.

En este orden de ideas, la objeción formulada por el Gobierno nacional desconoce abiertamente el principio de solidaridad y la obligación que recae sobre el Estado de proporcionar especial protección a los pensionados, sujetos que se encuentran sometidos a condiciones especiales de marginación social, como la pobreza y la edad adulta.

La sexta petición subsidiaria del Gobierno se funda en la supuesta violación al principio de irretroactividad de la ley. Al respecto, manifiesta la comisión accidental que en materia tributaria sí existe la posibilidad de aplicar la retroactividad, tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-549 de 1993, cuando la medida prescriba un mejor efecto tanto para el sujeto de derecho como para el bien común de manera concurrente.

En conclusión, a juicio del Congreso, como no existen argumentos de peso que permitan hablar de una inconstitucionalidad o inconveniencia del proyecto de ley objetado y por el contrario se pudo demostrar que la medida adoptada por el legislativo en el proyecto de ley favorece las condiciones de vida de los pensionados como sujetos de especial protección constitucional y desarrolla claramente el postulado del Estado Social de Derecho. La comisión accidental solicitó a las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, aprobar el informe, negando las objeciones presidenciales al presente proyecto de ley.

V. INTERVENCIONES

Durante el trámite del proceso se presentaron, dentro de los términos legales las intervenciones de las siguientes entidades:

Intervenciones recibidas dentro del término de la fijación en lista

Dentro del término de fijación en lista, se presentaron las siguientes intervenciones:

1. Intervención del Sindicato Nacional de la Salud y la Seguridad Social – SINDESS

El sindicato señala que la reducción de la cotización del 12% al 4% es justa y equitativa

para los pensionados de Colombia, especialmente aquellos que tienen una mesada pensional de uno a ocho salarios mínimos. Destaca que un pensionado recibe sólo el 75% del salario devengado en su vida laboral activa, porcentaje al que ahora se le está descontando el 12% como aporte para la salud, recibiendo realmente el 63% del salario que devengaba. Manifiesta que no es aceptable que, habiendo trabajado toda la vida, al llegar a la etapa de pensionado, el Estado obligue a adquirir la responsabilidad total del pago al sistema de salud, por cuanto es inequitativo, vulnerando el derecho a disfrutar de una vejez digna y decente.

Indica que pueden existir formas de amortizar el supuesto impacto a la sostenibilidad fiscal, si el Gobierno, como representante del Estado de Derecho, asume el 8% que normalmente asume el empleador en la etapa de vida laboral activa. Dentro de las propuestas planteadas para financiar ese 8%, encontramos la de disminuir las exenciones que se le hacen a las grandes multinacionales y empresas nacionales que operan en el país, cobrarle al sector financiero un tributo o destinar una parte de las regalías al pago del 8% al sistema de salud. Finalmente, propone que se imponga un impuesto a las mesadas de más de diez salarios mínimos.

Hace referencia a que el debate surtido en Cámara y Senado se ajustó a la Ley y a los mandatos constitucionales y que, por lo tanto, no es válido decir que tuvo vicios de trámite. Asimismo, resalta que el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, firmó un acuerdo con las centrales obreras respaldando el proyecto relacionado con la reducción del aporte de salud, avalado a su vez por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se surtía la discusión sobre la reforma tributaria, en el año 2013.

Por último, opinan que, si la Corte Constitucional aprueba el proyecto en mención, sería un acto de justicia social a favor de los pensionados con bajos recursos, los cuales tienen que subsistir en un país donde las condiciones de vida son cada vez más precarias y donde la corrupción ha aumentado considerablemente.

2. Intervención del señor Eduardo Visbal Robles

El ciudadano solicita se declaren infundadas las objeciones presentadas. Empieza su intervención aduciendo que los pensionados no deberían tener que pagar por el mal manejo que el Gobierno le ha dado a la economía del país, por los elevados gastos que se han

generado con ocasión del proceso de paz, por el aumento exagerado de los precios de los medicamentos que favorece a las industrias farmacéuticas en perjuicio de los pacientes y por la corrupción del Gobierno.

Destaca que Colombia es un Estado Social de Derecho y que, por tanto, el Gobierno, en cumplimiento del mandado superior, debería adelantar las gestiones pertinentes para favorecer a los sectores más débiles; y que, por el contrario, no se debería adelantar una política para mantener el porcentaje del 12% de aporte por parte de los pensionados para cubrir el servicio de salud.

Finalmente, solicita a la Corte Constitucional declarar infundadas las objeciones como un acto de justicia y equidad.

3. Intervención de la Asociación De Docentes Pensionados De Cereté

La asociación solicita se declaren infundadas las objeciones. Indican que, como pensionados, se han sentido lesionados por el descuento del 12%, el cual consideran que es ilegal y que vulnera sus derechos, perjudicando el bienestar de sus familias. Resaltan que la Ley 91 de 1989 establecía un descuento del 5% y que aun así se les viene descontando el 12% de manera arbitraria e injustificada. Expresa que el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, trató de compensar el descuento prometiendo en su campaña para la reelección disminuir del 12% al 4% el descuento de las mesadas pensionales, lo cual fue respaldado por el Congreso de la República, aprobando el Proyecto de Ley 170 de 2016 que contemplaba un descuento del 4%. Sin embargo, el Presidente objetó dicho proyecto con unos argumentos que, según el Congreso, no tenían fundamentos sólidos y que, por el contrario, lo que se busca es proteger los derechos de los pensionados. Cierran su intervención expresando su esperanza en que la Corte Constitucional ampare los derechos de este grupo de especial protección constitucional, por ser personas de la tercera edad, y proteja el bienestar de sus familias.

4. Intervención de los señores Orlando Restrepo Pulgarín, presidente de la Confederación de Pensionados de Colombia - CPC, y Óscar José Dueñas Ruiz, afiliado de la citada confederación

Los intervinientes solicitan la declaratoria de las objeciones como infundadas. Inician su

intervención expresando que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el adulto mayor exige un apoyo jurídico e institucional que tenga que ver con los derechos a la salud, las pensiones y servicios sociales. Indican que la salud es un derecho fundamental que incluye la posibilidad de acceder a ella para que la persona mantenga una vida activa y digna.

El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales consagra la seguridad social como un derecho en su artículo 9, abogando por un nivel adecuado para la persona y su familia; pacto que obliga al Estado colombiano.

Consideran que no tendría sentido una organización estatal despreocupada de la salud de sus ciudadanos, lo que no quiere decir que se le deba exigir a los pensionados que coticen para la salud, por cuanto ya lo hicieron mientras tenían la calidad de trabajadores activos, ya que la cotización nace del salario. Asimismo, expresan que, al haberse privatizado el servicio, la salud se convirtió en un objeto apetecible del mercado, generando que las entidades prestadoras del servicio tengan como una de sus metas principales el afán de lucro, olvidando al pensionado como un ser humano.

Indican que en Colombia hay fuerzas económicas que desean acabar con el sistema público de pensiones y abogan por el régimen de ahorro individual; tanto así, que los centros de investigación de FASECOLDA y de la ANIF han anunciado la necesidad de una reforma a las pensiones que lleve a una reforma laboral, lo cual se enmarca en una ideología neoliberal.

La OIT en un estudio sobre experiencias internacionales señala cómo la privatización de la seguridad social ha fallado para resolver los problemas de los sistemas de pensiones por cuanto genera: (1) una baja cobertura, (2) altos costos fiscales, (3) altos costos administrativos, (4) el riesgo de las fluctuaciones del mercado financiero, (5) contribuye a la desigualdad, (6) tiene un impacto negativo para las mujeres, (7) implica ausencia de diálogo adecuado y (8) está sometido a las orientaciones del Banco Mundial; sólo es positivo para el mercado de los capitales, pero las pensiones y la salud no tienen como objetivo desarrollar los mercados de capitales sino brindar seguridad en la vejez o en las enfermedades.

Para ellos, los pensionados no son los causantes de la crisis financiera sino las víctimas de

ella. Después del año 2008, el peso de la crisis financiera se trasladó a los trabajadores y a los pensionados, recortándoles sus derechos. En otros países la situación es diferente, debido a que el jubilado no está obligado a cotizar para salud, sino que estará, a lo sumo, obligado a pagar copagos o al pago de cifras simbólicas. Respecto del tema de la sostenibilidad financiera de la salud, si se comparan los diferentes sistemas, se puede evidenciar que, en el capitalista, como España, y en el socialista, como Cuba, la salud es gratuita. El funcionamiento del servicio depende en esos casos del presupuesto público. Una de las bases del socialismo en Cuba es la salud totalmente gratuita; la Constitución garantiza que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga los medios para subsistir y que no haya enfermo que no tenga atención médica. La razón por la cual en algunos países no cotizan los pensionados para salud es porque estos ya dieron su aporte a la sociedad y a la Nación cuando eran trabajadores activos y ahora que llegan a la tercera edad, la sociedad y el Estado deben corresponderles.

Países que no tienen las riquezas naturales ni el crecimiento económico de Colombia tienen en cuenta a los jubilados, tanto por consideraciones humanas (dignidad del jubilado y de su cónyuge, aún hasta los nietos, dado que en muchos casos los abuelos son los que sostienen a sus nietos por el desempleo de sus padres) como por consideraciones económicas (porque los pensionados son quienes dinamizan la microeconomía de los barrios y localidades).

Comentan que en el país son pocos los servicios sociales que presta el Estado y que, si hay alguno, es realizado por alguna ONG, una comunidad religiosa o localidades. Proponen la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible que exija el gobierno que el pensionado continúe pagando una cotización alta, si el mismo Estado no se preocupa debidamente por las personas pensionadas? Resaltan que esa despreocupación la ven reflejada en el hecho de que el gobierno colombiano no ha ratificado: (1) el Convenio 102 de la OIT sobre derechos mínimos de los pensionados, (2) el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que exige permitir sumar tiempos laborados en diferentes países, reconociéndose una mesada a prorrata, (3) la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, y (4) las Cien Reglas de Brasilia, elaboradas por la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008, que se relaciona con el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Por el contrario, el Estado colombiano, mediante la sentencia SU-555 de 2014, determinó que se permitiera

el “margen de apreciación” para no cumplir las recomendaciones de la OIT en materia de pensiones convencionales. Con ese comportamiento de las autoridades, consideran paradójico que el gobierno hable de progresividad como un argumento para cuestionar una decisión legislativa que es equitativa para quienes laboraron durante muchos años.

Señalan que la seguridad social en salud debe regirse por sus propios principios y no por los de la materia tributaria, por cuanto las cotizaciones no son un impuesto propiamente dicho, sino una contribución parafiscal; y que, si se reflexiona sobre los principios, especialmente los reseñados por la OIT, se aprecia que las objeciones presidenciales carecen de sustento y, por el contrario, que la propuesta de un aporte del 4% no es contraria a los principios propios de la seguridad social.

Manifiesta que para un colombiano es difícil adquirir el estatus de pensionado porque tiene que esperar muchos meses para que se le reconozca la pensión; si se le reconoce, generalmente el monto de la mesada es inferior al que corresponde y, aunque esté pensionada la persona, estará sujeta a la posibilidad de que se le revoque unilateral o judicialmente lo reconocido. Ahora bien, en Colombia el derecho a la seguridad social, por orden expresa del constituyente, es entendido como un derecho subjetivo, exigible, irrenunciable y de rango constitucional; por lo tanto, carecen de efecto las estipulaciones que afecten o disminuyan los derechos establecidos en la normatividad, idea que se justifica por la noción de “orden público laboral”, como reconocimiento material del interés general que tiene la sociedad de que se respeten y reconozcan los derechos laborales, bajo los principios generales de seguridad jurídica y confianza legítima y en ese orden evitar actuaciones arbitrarias por parte del Estado y el empleador.

El Acto Legislativo No. 1 de 2005 prohíbe la reducción de la pensión excepto en casos señalados por esa misma reforma constitucional. Podría entonces admitirse que descontar el 4% de la mesada pensional para cotizar a salud hace parte de los descuentos que la norma permite. A su vez, del artículo 150 de la Constitución, inciso 19, se puede derivar la intención del constituyente de dejar en cabeza exclusiva del Congreso la competencia para fijar, modificar y definir cualquier asunto pensional; así como también el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 21 de la Convención Americana, establecen que los Estados pueden establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos

económicos, sociales y culturales mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, siempre que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Finalmente, por el artículo 58 de la Constitución, que habla del derecho a la propiedad y establece que éste de garantiza junto con los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, las cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, se entiende que en materia pensional hay un derecho adquirido para recibir la integridad de la mesada, salvo descuentos que diga el legislador, no el ejecutivo.

Indican que matemáticamente no puede ser “progresivo” mantener el 12% y cuestionar la disminución del 4%. En materia jurisprudencial, el comportamiento judicial ha sido proteger a las personas afectadas por el sistema, pero dejando intacta la estructura de este. Proteger el derecho a la salud de los pensionados debe ser primordial con una concepción humanista. Los intereses financieros no pueden estar por encima del ser humano; la salud es un derecho para todos sin discriminación.

La objeción del gobierno relacionada con que si se disminuye la cotización de salud de los pensionados afectaría la ampliación de cobertura y servicios de salud para los afiliados del régimen subsidiado, afectando el principio de igualdad, es equivocada porque es obligación del Estado velar por la salud de los colombianos, obligación que no puede ser trasladada al colectivo de personas pensionadas por el régimen contributivo. La igualdad es un derecho subjetivo y se entiende que prohíbe la discriminación. El jubilado mide su derecho a la igualdad frente al universo de los otros jubilados dentro de un régimen determinado; esa igualdad implica que los pensionados tengan un trato igual en cuanto a las curaciones, medicamentos, cuidados paliativos y aportes al servicio. No se puede llegar al extremo de que los pensionados sostengan la atención de salud de quienes no son pensionados.

Resaltan como curioso que las objeciones del gobierno plantean que la exigencia de cotizar para salud en un 12% se le debe hacer paradójicamente a quienes cumplieron con las condiciones para pensionarse y no a quienes, por diversos motivos, no cotizaron y que muchas veces no trabajaron pudiendo hacerlo.

Un alto porcentaje de los pensionados son personas de la tercera y cuarta edad,

necesitadas de protección, sea cual fuere su condición social. Para ellos la salud, las pensiones y servicios sociales son derechos humanos indispensables, subjetivos y fundamentales. La crisis económica no puede ser disculpa para violar los derechos, sino que debería cristalizarlos. El gobierno sabe que la prestación del servicio de salud es muy deficiente y la culpa no es de los pensionados sino de las EPS y del Estado, que han viabilizando un servicio inadecuado, aunque rentable para los empresarios.

En un Estado de Bienestar o un Estado Socialista, la gratuidad y la universalidad son principios determinantes y es a través de los impuestos pagados por todas las personas, naturales y jurídicas, que se financia la salud. Si es un modelo neoliberal, la inclinación es hacia la privatización y su sostenimiento depende especialmente de las cotizaciones manejadas por aparatos financieros. Nuestra Constitución no ha establecido un modelo neoliberal, sino un Estado Social de Derecho.

Si el gobierno se preocupara realmente por los pensionados, dejarían de llamar a los derechos de ancianidad "subsidios", proyectaría políticas públicas reales como se hace en otros países y no obstaculizaría el justo reclamo de los jubilados.

Solicitan como ciudadanos y pensionados, que la Corte Constitucional tenga en cuenta todo lo anterior al momento de decidir sobre las objeciones presidenciales.

5. Intervención de Guillermo Fino Serrano, profesor investigador de la Corporación Universitaria Republicana

Considera que la actual posición del gobierno transgrede el principio de equidad tributaria. Hace un análisis del desarrollo que ha habido en materia del aporte a salud y resalta que la idea de que la disminución de los aportes para los empleadores era necesaria para disminuir el desempleo era equivocada y así fue la forma como el gobierno justificó el beneficio, diciendo que "no se pueden generar más empleos, porque resulta demasiado onerosos para el empresario, por el pago de los impuestos a la nómina". Los empleos no se dejan de generar por los costos asociados a los mismos, sino que dejan de crearse porque no hay demanda de los bienes y servicios que se ofrecen por el mercado. Por supuesto, tres años después de darse dicho beneficio, ni el desempleo ha descendido ni la informalidad laboral ha disminuido.

Hace alusión a la sentencia C-397 de 2011, en la que la Corte Constitucional abordó el tema de la equidad tributaria, definiéndola como una manifestación específica del principio general de igualdad, que comporta la proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamiento 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 quienes disponen de una mayor capacidad contributiva (equidad vertical). Adicionalmente, en dicha sentencia la Corte demostró tener una posición de defensa respecto de la protección especial que tienen las pensiones.

Resalta que en el art. 48 de la Constitución, se ordena al Estado a brindar especial protección a la seguridad social y señala que ésta se constituye en un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Por su parte, esta misma disposición constitucional dispone que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. A su vez, el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 señala que, sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Trae a colación que el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, se comprometió con los pensionados a disminuir los aportes en salud durante su campaña electoral y habiendo ganado el apoyo de los pensionados, al ganar las elecciones del 2014, el mandatario no cumplió con su palabra. Asimismo, en la concertación del salario mínimo para el 2015, los sindicatos cedieron en su propuesta de reajuste con la promesa de que el mandatario haría el reajuste al aporte en salud por parte de los pensionados, pero también les incumplió.

En el marco del principio de equidad tributaria, de la protección especial al poder adquisitivo de las pensiones de personas que durante 25 años trabajaron para obtenerlas, solicita que la Corte Constitucional se sirva no atender las objeciones presidenciales y

disponer la sanción del proyecto de ley.

6. Intervención del señor Víctor Manuel Quinche Riveros, representante legal de la Unión Nacional De Pensionados Públicos De Colombia – UNPEC

Solicita que se desestimen las objeciones presidenciales y que se disponga la sanción presidencial del proyecto de ley en cuestión, a efectos de perfeccionarla como ley de la república.

Considera que los argumentos de la supuesta inconstitucionalidad de las objeciones presidenciales son únicamente de orden económico y se explican como si los pensionados tuviesen algún poder de decisión o fueran la causa de los males económicos del país. El escrito de objeciones no se ocupa en ninguno de sus apartes de las dos cuestiones principales de constitucionalidad del proyecto de ley, como son: (1) que los beneficiarios de la medida son los pensionados, personas débiles y sujetos de especial protección constitucional y (2) que los recursos que se cuestionan corresponden al contenido de los derechos sociales de los que son titulares los pensionados, los que tienen el carácter de derechos fundamentales.

Hace referencia a los artículos 13 y 46 de la Constitución en los que se establece a los pensionados como sujetos de especial protección constitucional. También se refiere al artículo 17 del Protocolo de San Salvador en el que se establece que: “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica (...)”. La jurisprudencia constitucional ha protegido reiteradamente a los pensionados como sujetos de especial protección por su edad y condiciones personales.

El Estado y la Corte Constitucional reconocen que la seguridad social en salud y en pensiones son derechos fundamentales y que, por lo mismo, tienen cláusula de garantía reforzada. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos. En la sentencia T-013 de 2011 estableció que del derecho a la seguridad social se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que se trata de un derecho fundamental que tiene como objetivo brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho

tiempo.

En el artículo 334 del Acto Legislativo 3 de 2011, en el párrafo, consagra que, en ninguna circunstancia, ninguna autoridad de naturaleza administrativa, legislativa o judicial podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La Corte ha sido enfática en señalar que la sostenibilidad fiscal es un criterio de racionalización y que en ninguna medida puede convertirse en instrumento de afectación de los derechos de las personas. En la sentencia C-870 de 2014 se reiteró que la sostenibilidad fiscal ni otros criterios económicos pueden afectar la garantía de la dignidad humana ni la de otros derechos.

Para concluir, se refiere al artículo 334 de la Constitución en el que se establece la regla que prohíbe invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, excluyendo por el cuantificador universal “ninguna circunstancia” la tendenciosa interpretación dada por el Gobierno nacional respecto de una norma cuyo contenido fue una de las promesas de la campaña electoral de quien ha presentado las objeciones.

7. Intervención de los señores Raúl Enrique Salazar Hurtado, Yolanda Sofia Hurtado De Salazar, Belarmino Ibáñez Larios, Orlando Rafael Pertuz Santander y Domingo Ramón Yepes Rodríguez

Acuden a la Corte Constitucional para solicitarle respetuosamente que las objeciones sean rechazadas por infundadas. Pide a la Corte que hagan justicia con los pensionados como población vulnerable. Señala:

“Los pensionados en Colombia y los trabajadores que aspiran a ser pensionados, respetuosamente solicitan que se apruebe el proyecto, de tal forma que se haga justicia en concordancia con la progresividad establecida en el art. 46, 48 y 53 de la Constitución Política.”

8. Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI

La ANDI solicita a la Corte Constitucional que declare fundada la objeción presidencial relativa a la vulneración del artículo 154 de la Constitución y en consecuencia se declare

inexequible el proyecto de ley 062 de 2015 Cámara - 170 de 2016 Senado. Con el proyecto de ley objetado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no emitió aval alguno; por el contrario, expresó su oposición, tal y como puede apreciarse en el concepto publicado en la Gaceta del Congreso No. 138 de 2016.

Para la ANDI resulta evidente que: (1) la materia se refiere a una reducción de un aporte parafiscal, (2) en materia fiscal o parafiscal es necesario contar con el aval gubernamental, (3) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien es el competente dentro del Gobierno en materia fiscal, no emitió aval gubernamental porque no presentó los proyectos de ley ni los respaldó en su contenido durante el trámite en el Congreso y (4) el precedente jurisprudencial dado por la propia Corte Constitucional indica que la falta de cumplimiento al aval gubernamental, constituye un vicio insubsanable en el trámite de los proyectos de ley.

Su conclusión es que la Corte Constitucional debe declarar que el trámite surtido a los proyectos de ley resulta contrario a lo preceptuado en el art. 154 de la Constitución, por no contar con el aval del Gobierno, requisito sin el cual no es posible que la iniciativa legislativa devengue en ley de la República.

9. Intervención del Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales

El Sindicato Nacional de Trabajadores de Seguros Sociales hizo entrega de 37.191 firmas de pensionados y ciudadanos que piden a la Corte Constitucional que “se haga justicia y declare exequible el proyecto de ley que reduce la cotización en salud del 12% al 4% para todos los pensionados”.

Consideran que la Corte tiene una oportunidad para fortalecer la economía y generar empleo, haciendo justicia social. Finalmente, solicitan ser escuchados en la audiencia pública que la Corte llegue a convocar para que la sociedad civil pueda expresar sus criterios.

10. Intervención de la señora Myriam Andrade

La ciudadana resalta que el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, no

cumplió con su promesa de reducir el porcentaje de aporte a salud a los pensionados y manifiesta que este grupo de personas esperan una respuesta positiva por parte de la Corte frente al proyecto.

Las entidades anteriormente referidas presentan intervención conjunta solicitando se acojan las objeciones presentadas por el Gobierno.

a) En relación con los vicios de trámite:

Consideran que la votación del informe de conciliación fue inconstitucional por no cumplir con el requisito de unanimidad. De igual manera, aducen que se eludió el debate parlamentario.

Para los intervinientes, hay una violación flagrante del deber constitucional y legal de debatir los proyectos como lo ordenan los artículos 157 de la Constitución y 176 de la Ley 5 de 1992. Agregan que como no hubo un nuevo debate no se subsana el vicio. Aducen que varios senadores manifestaron estar en desacuerdo con lo votado y su intervención posterior a la votación, junto con la decisión consecuente de la Plenaria en reabrir la discusión sobre el informe, es prueba de que no se permitió debatir sobre el asunto de trascendencia para el país y para los senadores.

En relación con la necesidad de iniciativa o aval gubernamental, consideran que el proyecto es inconstitucional pues, en virtud del artículo 154 de la Constitución, al reducir la tarifa de los aportes en salud de los pensionados se creó una exención tributaria y por lo tanto se necesitaba la iniciativa del Gobierno o haber tenido su aval, lo que no sucedió en el proyecto en mención. Hacen referencia a la sentencia C-1707 de 2000, en la que la Corte estudió las objeciones gubernamentales presentadas en contra de un proyecto de ley que exoneraba a todos los pensionados del pago de una serie de aportes en dinero requeridos para acceder a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En dicha oportunidad, la Corte estableció como ratio decidendi que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, bien sea aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica y que, por tanto, se desconoce el artículo 154 de la Constitución Política por parte del legislador cuando pretende convertir en

ley de la República un proyecto que en su contenido material establece la creación de una exención tributaria mediante la dispensa del pago de estos aportes en dinero por parte de un grupo de afiliados al sistema, cuando el mismo no ha sido de iniciativa del Gobierno Nacional ni ha contado con su aval.

Ahora bien, se hace necesario aclarar el concepto de exención tributaria y por este motivo destacan que la Corte en varias oportunidades ha dicho que: "(...) las exenciones tienen lugar cuando una norma exonera del tributo determinados actos o personas que normalmente estaría gravadas; es decir, cuando habiéndose presentado el hecho generador, la ley estipula que no se producirán las consecuencias o ello ocurrirá solo de forma parcial (...) corresponden a situaciones que en principio fueron objeto de gravamen pero que son sustraídas del pago total o parcial de la obligación por razones de política fiscal, social o ambiental". En ese mismo sentido ha concluido que "las exenciones en materia tributaria constituyen: (1) un beneficio, (2) puesto que cumplen el hecho generador, pero no se despliegan los efectos del gravamen o estos se producen de manera parcial, (3) deben fijarse por vía legislativa y (4) deben respetar los principios de equidad, eficiencia y progresividad". Dado que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamada "contribución parafiscal", es claro que el proyecto de ley correspondía a aquellos que son de la iniciativa exclusiva del Gobierno, por decretar una exención tributaria. Explican que si fuera el caso en el que el Congreso extiende el alcance normativo de la reducción de la cotización en salud ya contemplada en el texto original de un proyecto de ley de iniciativa del Gobierno, no requeriría de aval gubernamental pues no altera sustancialmente el contenido normativo de la ley, ni introduce un tema nuevo.

Frente al presunto aval otorgado por el Gobierno, es pertinente comenzar trayendo la atención de la Corte sobre el hecho de que dos ministerios de opusieron de manera directa, clara y específica a la continuación del trámite legislativo del proyecto objetado mediante sendas comunicaciones al Congreso debidamente fundamentadas y que con posterioridad se presentaron objeciones gubernamentales sobre el mismo con firma del Presidente de la República y de los tres Ministros de las Carteras de Salud, Trabajo y Hacienda. Respecto del aval que supuestamente emitió el Ministerio del Trabajo, dicen que: (1) no se puede de manera razonable afirmar que el aval se desprenda del texto y (2) es evidente que el Ministerio de Trabajo no es la cartera competente para otorgar el respectivo aval a una

propuesta normativa compleja que involucra e impacta de manera directa los asuntos a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Salud y que solo trata, a los sumo, de manera tangencial los asuntos del Ministerio del Trabajo; especialmente tomando en consideración que dada la complejidad del proyecto de ley, el aval gubernamental era igualmente complejo y requería de la manifestación clara e incontestable de por lo menos las carteras de Hacienda y Salud.

Respecto del supuesto aval del Presidente de la República, vale aclarar que la Corte ha establecido como regla que las manifestaciones que hagan los miembros del Gobierno sobre proyectos de ley de manera informal por fuera de las etapas que deben surtir en el trámite del proyecto de ley en el seno del Congreso, son ineficaces para constituir el avala precisado por la Carta.

Finalmente, indican que la manifestación hecha por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en relación con el proyecto de ley fue una mera expresión de su voluntad de trabajar de manera conjunta con el Congreso para encontrar una respuesta a las peticiones de los pensionados de Colombia; de ninguna manera dicha manifestación conforma un aval gubernamental en los términos requeridos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

b) En relación con los vicios de fondo.

Los intervinientes consideran que la medida introducida en el proyecto de ley afecta a todos los contribuyentes (pues atenta contra la solidaridad del sistema entero) y en esa medida sí le imprime una regresividad considerable al sistema, por cuanto dicho proyecto implicaría una carga adicional para los contribuyentes que no son destinatarios de la norma objetada, generando desigualdad en la capacidad contributiva.

Indican que en el informe: (1) no se demuestra la conexión entre calidad de vida y la cotización en salud y (2) en cualquier caso, se afectan los derechos de los contribuyentes del sistema.

Consideran que: (1) los impuestos indirectos, como el IVA, no son comparables con las contribuciones a seguridad social, (2) no es cierto que a los impuestos indirectos no les sea aplicable el principio de progresividad y (3) el legislador incurre en otra contradicción al

afirmar que a las contribuciones no les es aplicable el principio de progresividad, mientras en otros apartes del informe afirma que si se respeta el mismo se impulsaría la inversión extranjera.

Pese a que el Sistema General de Seguridad Social en salud maneja un gran flujo de recursos, esto no garantiza que las fuentes sobrepasen ostensiblemente los usos, por el contrario, el superávit del sistema se ha venido disminuyendo y la reducción de fuentes en un monto como el generado por el proyecto de ley, de llegarse a sancionar, obligaría a que el Presupuesto General requiera nuevas fuentes de financiación que reemplacen la cotización de los pensionados, poniendo en riesgo la garantía al derecho a la salud que tienen los colombianos, especialmente los del régimen subsidiado.

En relación con el desconocimiento de los principios de solidaridad y progresividad de la seguridad social, aducen las entidades intervinientes que 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 afiliación al régimen subsidiado y rompe con el esquema de subsidios cruzados que sustenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Agregan que la disminución propuesta por el Congreso de la República representa un 8% menos en el monto del aporte, reducción que indefectiblemente acarrea una disminución deliberada de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, comprometiendo su viabilidad y sostenibilidad, en cobertura y en beneficios, dado que el proyecto de ley objetado modifica el esquema de financiación del referido sistema. Así las cosas, el proyecto de ley reduce las fuentes de financiación del sistema, afectando el esquema de subsidios cruzados que lo soporta y, sin considerar el momento coyuntural que atraviesa el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el marco de implementación del modelo de prestación de servicios de salud exigido por la Ley Estatutaria de Salud.

En cuanto a la garantía del derecho a la seguridad social, establece el artículo 3 de la Ley 100 de 1993 que “éste servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley”.

Aducen que el Ministerio de Hacienda ha sido enfático en manifestar el alto impacto que

genera la iniciativa en los recursos del Sistema General de Seguridad Social puesto que la disminución deliberada de los recursos de la salud afecta la prestación misma del servicio vulnerando así un verdadero derecho fundamental de la población afiliada al SGSSS tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. El contenido de la iniciativa resulta regresivo e implica una afectación seria al derecho fundamental de la salud de los colombianos, principalmente de los afiliados al régimen subsidiado; afecta directamente la prestación adecuada del servicio de salud.

Agregan que el proyecto es inconstitucional por poner en riesgo la garantía del derecho fundamental a la salud de una gran parte de la población, 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.

El proyecto de ley impone nuevas cargas al Presupuesto Nacional, en razón a que los menores recursos de las cotizaciones deberían ser asumidos con los recursos nacionales para garantizar el derecho a la salud. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que la modificación en el sentido de establecer la reducción de la contribución en salud del 12% al 4% solo para pensionados que devenguen hasta 4 salarios mínimos legales mensuales, genera un impacto fiscal promedio anual de \$2.5 billones de pesos corrientes, señalando que la disminución de los recursos es vertiginosa y compromete la garantía constitucional del derecho a la seguridad social de la salud y desde ese momento se advertía que estos recursos no están considerados en el Presupuesto General de la Nación, ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

La Ley 150 de 2008 fue declarada exequible en la Sentencia C-838 de 2008 por constituir una limitación razonable al principio de solidaridad introducida por el Congreso de la República y que comporta a su vez un esfuerzo contributivo que en ninguna circunstancia puede considerarse violatorio de los límites impositivos a los que se encuentran sometidos los tributos en el ordenamiento constitucional.

El principio que hace referencia al “mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”, se desconoce en la medida en que la iniciativa disminuye las fuentes de recursos en beneficio de un grupo específico de aportantes, dificultando la ampliación de cobertura y de servicios, la prestación del

servicio de salud para los afiliados al régimen subsidiado y produciendo un rompimiento del esquema de subsidios cruzados que sustenta el SGSSS. 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 SGSSS.

Los argumentos del Congreso: (1) no logran desvirtuar que el proyecto de ley afecta gravemente la sostenibilidad fiscal del SGSSS, impidiendo el avance en la progresividad del derecho afectando la prestación del servicio para la población subsidiada y rompiendo el esquema de subsidios cruzados que sustenta el sistema, (2) ni justificar por qué debe otorgarse un beneficio a un pequeño grupo de la población con capacidad de pago (pensionados) a costa del universo de colombianos afiliados al sistema que se verían afectados con el proyecto de ley, especialmente la población pobre y vulnerable (afiliada al régimen subsidiado).

Finalmente, frente a la objeción por violación al principio de irretroactividad de la ley, por cuanto sus efectos no pueden ser efectivos a partir del 1 de enero de 2017, sino a partir del momento de su publicación, al tratarse de un tributo de causación instantánea, la aplicación retroactiva de un beneficio tributario resulta inconstitucional.

Las contribuciones parafiscales son verdaderos tributos, por la cual sobre las mismas recae el principio de irretroactividad en materia tributaria. El cambio de las tarifas de tributación, independientemente de si supone una disminución o aumento, es una vulneración al principio de irretroactividad, el cual no solo es una garantía para el contribuyente, son también para la estabilidad de las finanzas del Estado.

Las cotizaciones en salud corresponden a un tributo de causación instantánea, que se causa y es a su vez declarado y pagado en un mismo instante; estamos ante situaciones jurídicas consolidadas que de ninguna manera pueden ser afectadas por una norma de carácter posterior.

12. Intervención de la Universidad del Rosario

El profesor Iván Daniel Jaramillo Jassir, en calidad de Coordinador del Área de Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social e Investigador del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, señala que las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional carecen de asidero jurídico y fáctico por las razones que se exponen a continuación.

(1) El proyecto de ley se orienta a la corrección del contenido del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 en procura de la realización del postulado general de igualdad.

La realización del principio de igualdad supone para el legislador la obligación de brindar diversos esquemas de regulación para situaciones diferenciales para la eficacia del postulado de igualdad excluyendo la igualdad en su acepción de igualitarismo que deriva en identidad de tratamiento para todos si consideración a las diferencias jurídicas y fácticas. Cita la sentencia C-101 de 2003 en la que dice la Corte Constitucional que el legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentran en una misma situación fáctica y, por contera, dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

Como lo refiere el proyecto de ley, la asimetría del esquema de contribución al SGSSS determina una carga desproporcionada para los pensionados frente al porcentaje establecido para los trabajadores dependientes, que deriva en desconocimiento legislativo de las especiales condiciones de grupos poblacionales merecedores de especial protección.

(2) Asimetría de la contribución de trabajadores dependientes y pensionados que deriva en desprotección en el ingreso de población especialmente vulnerable.

Cuando los trabajadores dependientes adquieren el estatus de pensionados, ven disminuido sustancialmente su ingreso en función de las tasas de reemplazo que oscilan entre el 55-65% en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que refleja la contradicción del esquema de intervención que determina que a menor ingreso mayor contribución que compromete el acceso a bienes y servicios vitales de población especialmente vulnerable demandando una corrección de la jurisprudencia constitucional.

La medida en cuestión busca intervenir legislativamente para corregir la norma desproporcionada en materia de contribución de los pensionados que compromete el ingreso vital de población especialmente vulnerable, contradiciendo el contenido del principio constitucional de igualdad que estructura acciones afirmativas para estos grupos

poblacionales y la realización de la igualdad.

(4) Ausencia de defecto en el trámite parlamentario que determina el rechazo de las objeciones presidenciales.

Indica que el trámite del proyecto de ley se llevó a cabo respetando de las reglas de participación e intervención tanto en el Senado de la República como en la Cámara de Representantes, lo cual se puede verificar en la unanimidad en el criterio de aprobación del proyecto, revelando ausencia de defectos procedimentales en el trámite legislativo.

(5) Presencia del Ministro de Hacienda y Crédito Público en el debate parlamentario

En los debates se expuso el costo fiscal de la iniciativa, el cual fue valorado en el debate parlamentario y estudiado manteniendo el proyecto de ley que no puede ser rechazado en atención al mandado constitucional según el cual “al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna e naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección afectiva”.

13. Intervención de José Gregorio Hernández Galindo

El ciudadano José Gregorio Hernández Galindo se opone a las objeciones presidenciales planteadas. Solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que declare infundadas las objeciones formuladas por el Presidente de la República contra el proyecto de ley.

Pide a la Corte tener en cuenta los siguientes elementos de juicio. La acción del Estado debe estar dirigida a garantizarles a los asociados condiciones de vida digna. La organización estatal y las autoridades han de velar por la vigencia y eficacia de los fundamentos del sistema, en particular el respecto a la dignidad de la persona humana, el trabajo, la igualdad real y material, la solidaridad, los derechos fundamentales, la justicia y la equidad. La seguridad social es un servicio público de carácter 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.

El derecho a las pensiones legales hace parte de los derechos sociales prevalentes en el Estado Social de Derecho y debe corresponder a mínimo vital, en especial para personas de

la tercera edad (como son la mayoría de los pensionados), en condiciones dignas, equitativas y justas. El descuento que se le realiza a la pensión, por mínimo que sea, afecta de manera grave el ingreso del pensionado, que en la mayoría de los casos es su única fuente de subsistencia. El establecimiento de normas que garanticen que los pensionados reciban mesadas pensionales en una proporción que les permita satisfacer su mínimo vital y el de sus familias constituye una garantía mínima, prevista para todos los pensionados.

La medida del proyecto de ley no se relaciona con una exención y, por ende, la exigencia constitucional de la iniciativa gubernamental privativa no encaja en las excepciones, escapa a su delimitado ámbito, lo cual significa que los miembros del Congreso bien podían, dentro de sus atribuciones y en ejercicio de la cláusula general de competencia, presentar y tramitar dicho proyecto de ley. Dice que no estamos frente a una exención por cuanto los pensionados no están siendo excluidos del aporte obligatorio para salud mediante descuento de sus mesadas, sino ante una disminución del porcentaje del aporte, por razones de equidad, para lo cual tiene plena competencia y toda la iniciativa el Congreso. Además, considera que el aporte obligatorio en cuestión no es un tributo, y la disminución de su porcentaje, lejos de atentar contra los principios de equidad y progresividad, es una forma de realizarlos.

No se debe considerar que el jubilado recibe una pensión como un regalo del Estado, sino como un derecho amparado por la Constitución por haber cotizado toda su vida laboral con el objeto de lograr una reserva económica para su retiro; de suerte que ese ingreso no tiene por qué ser gravado o sometido a una carga tributaria como si se tratara de una ganancia.

El proyecto 170 de 2016 - 062 de 2015 era de libre configuración legislativa por mandato constitucional. Señala que la Corte Constitucional ha manifestado que el Congreso puede establecer aportes, es de su resorte aumentar o disminuir su monto, e inclusive suprimirlos por razones de equidad o de igualdad real y material.

Es el Estado quien tiene la responsabilidad constitucional de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley (art. 48 de la Constitución); de lo que se desprende que no es inconstitucional una ley que fija reglas correspondientes para garantizar la equidad,

razonabilidad y proporcionalidad del sistema.

El proyecto lejos de vulnerar el principio de solidaridad desarrolla el mandato constitucional ineludible del artículo 48, inciso 5 de la Constitución, el cual establece que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. Tampoco se vulnera el principio de progresividad, consistente en una proporción entre lo que se recibe y lo que se aporta para la finalidad perseguida, en este caso la financiación de la seguridad social en salud. Esa relación debe darse de tal manera que quien más recibe más aporte y ello se realiza, por cuanto mientras más alta sea la mesada pensional, es más alto el nivel de cotización mensual al régimen contributivo en salud.

Ahora bien, respecto de la objeción relacionada con el vicio de forma del informe por falta de votación unánime, indica el ciudadano que ninguna norma de la Constitución ni de la ley exige que el informe de conciliación se apruebe por unanimidad. El Gobierno al hacer las objeciones no probó que la votación no haya sido unánime y tampoco indica los congresistas que hayan podido votar en contra. Existió un quorum deliberatorio y decisorio, como lo demuestran las actas de las sesiones.

Solicita que la Corte Constitucional tenga en cuenta los antecedentes del proyecto de ley, tales como: (1) que el Presidente de la República el 6 de junio de 2014, en el curso de su campaña electoral, manifestó que iba a apoyar el proyecto de ley que se estaba tramitando en el Congreso de la República; (2) que el Presidente al posesionarse se comprometió a cumplir con la Constitución y las leyes y garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos y si, siendo coherente con las objeciones presentadas, consideraba que el proyecto era inconstitucional no debió decir que lo apoyaría y; (3) allega copia informal del Acta de Acuerdo del 24 de diciembre de 2013, firmado por el presidente, mediante el cual las partes firmantes acuerdan varios compromisos, dentro de los cuales se encontraba acoger la solicitud de la Confederación Democrática de Pensionados y de las Centrales Obreras de eliminar el aporte obligatorio de salud para la población y que se pidiera incluirla en el proyecto de ley que modifica el SGSSS que cursaba en el Congreso.

14. Intervención del señor Enrique Benedetti Charry

Considera que las objeciones presidenciales al proyecto de ley implican la vulneración del derecho a la igualdad, a una vida digna y a la protección especial de personas de la tercera

edad.

Indica que se les viola a los pensionados el derecho a la igualdad en cuanto se les está obligando a pagar una cotización del 12%, mientras los trabajadores dependientes o personas declarantes del impuesto de renta y complementarios solo aportan el 4%. Considera que, al concederles el derecho a la igualdad, se les estaría reconociendo el trabajo y aportes que hicieron los pensionados del país.

Respecto del derecho a una vida digna, indica que el reconocerles y devolverles el 8% implica devolverles una vida digna a los pensionados, al pase de recibir ya no el 64% de su salario devengado durante la etapa laboral activa, sino el 72%.

Ahora bien, respecto a la protección especial a personas de tercera edad, manifiesta que los pensionados son un grupo de personas que no tienen la facilidad para hacer valer sus derechos frente a la política e intereses del Estado.

Finalmente, resalta que la afirmación hecha por el Presidente de la República en su campaña electoral de apoyar el proyecto de ley debería significarle a la Corte Constitucional un compromiso con los pensionados por tratarse de la máxima autoridad ejecutiva, y que al haber realizado dicha afirmación debió cumplirla.

Por todo lo anterior, solicita el apoyo de la Corte Constitucional al proyecto de ley que busca la disminución del aporte.

15. Intervención de ASOFONDOS

La doctora Clara Elena Reales Gutiérrez, en calidad de representante legal de la Asociación Colombiana De Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías - ASOFONDOS, interviene en el proceso.

Hace una síntesis de las objeciones presidenciales realizadas. A continuación, expresa que varias de las objeciones corresponden a valoraciones de inconveniencia sobre las que no se pronunciará. De igual manera, considera que los vicios de trámite tienen la entidad suficiente para declarar la inconstitucionalidad del proyecto, por lo que entra a evaluar los vicios de forma en la expedición de este.

(1) Competencia privativa del Gobierno Nacional para la presentación del proyecto de ley en materia tributaria o parafiscal.

En aquellos casos en donde el Congreso de la República expide leyes, cuya expedición requiere del aval del gobierno, como ocurre en el caso de leyes que establecen exenciones tributarias, y no se presenta el mismo, existe un vicio de forma en la expedición de la ley y la misma debe ser retirada del ordenamiento jurídico por vulneración del art. 154 de la Constitución.

Por encontrarnos dentro de un marco de la parafiscalidad, en los casos en donde se ordene la reducción de recursos del SGSSS, incluidas las cotizaciones a dicho sistema, se convierte en una exención tributaria, pues la reducción de los aportes representa una situación excepcional prevista en la ley aun a pesar de efectuarse el hecho imponible, es decir, el encontrarse afiliado al subsistema de salud. Por tanto, la reducción del aporte a salud es una exención de una contribución, por reducir la tarifa de un tributo, en este caso una contribución parafiscal. Toda reducción de los recursos destinados al subsistema de salud a favor de los contribuyentes, esto es, los afiliados que pertenecen al régimen contributivo representan una exención tributaria, dada la naturaleza parafiscal de los mismos.

El artículo 154 de la Constitución establece que las leyes que decreten exenciones de impuestos son de iniciativa exclusiva del ejecutivo, lo que implica que el aval debe existir no necesariamente en la etapa de iniciación del proyecto, pero sí al menos durante el trámite legislativo. Por lo tanto, en este proyecto se requería contar con un aval del gobierno, el cual nunca existió y por el contrario hubo varios conceptos negativos del proyecto por parte de los ministerios. Ante la inexistencia del aval, en el presente proyecto existe un vicio de forma en la expedición de este, que implica la inconstitucionalidad de este.

En relación con los vicios referidos a la falta de votación nominal, señaló que la Corte Constitucional ha delimitado el alcance de las votaciones ordinarias por unanimidad, señalando que estas solo proceden como excepción cuando se cumpla con unos indicadores que permitan presumir que no existe disconformidad frente a lo que se está votando. Indica que dichos indicadores se observan 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 registran lo ocurrido durante la votación.

- Cuando en el curso de los debates se dan manifestaciones indicativas de unanimidad, lo que ocurre cuando los informes de ponencia hayan sido favorables, se aprueba omitir la lectura del articulado, ninguno de los integrantes de la plenaria o comisión solicita la votación nominal y pública y, en general, cuando no se registran posiciones contrarias a la aprobación del proyecto.

Solo bajo el cumplimiento de estos indicadores resulta viable que la votación no sea realizada de forma nominal. Ante la ausencia de esos indicadores, el proyecto se torna inconstitucional por vicios en su formación, por ausencia de los principios de transparencia y publicidad.

Con el fin de garantizar los principios fundamentales de la Constitución, como el democrático, de representación, de democracia participativa y de protección a las minorías, previa a la aprobación de una ley de la república, el Congreso tiene la carga de realizar un debate extenso frente a las disposiciones que se pretenden expedir. Dada la importancia de este principio de deliberación, el constituyente primario a través del artículo 157 constitucional, estableció como requisito general que, para la aprobación de un proyecto de ley, se surtan cuatro debates, dos en comisión y dos en plenaria.

La ausencia de este principio de deliberación implica entonces una vulneración directa del artículo 157 y, por ende, un vicio en la formación de la ley, conocido por la Corte Constitucional como vicio de elusión del debate.

(2) Las votaciones realizadas en las sesiones del 7 y 20 de junio de 2017 cuentan con vicios de forma que implican la inconstitucionalidad del proyecto.

Respecto de la votación del 20 de junio, es claro que esta sí fue nominal, pues el secretario manifestó que el informe había sido aprobado con 59 votos a favor y 0 en contra; sin embargo, según consta en la intervención gubernamental, no existió debate previo al informe de conciliación en ninguna de las sesiones del trámite legislativo. En efecto, en las sesiones del 7, 13 o 20 de junio no se abrió un espacio para deliberar la inclusión de todos los pensionados como beneficiarios del proyecto de ley, situación cuestionada por varios

congresistas durante el trámite.

Dado que no se cumplió con el principio de deliberación con anterioridad a la votación realizada el 20 de junio de 2017, dicha votación se encuentra viciada y el proyecto de ley tiene un vicio de forma de elusión del debate.

Por los seis puntos anteriores, se solicita que la Corte Constitucional declare inexecutable el proyecto de ley 062 de 2015 Cámara - 170 de 2016 Senado.

16. Intervención de la Confederación de Trabajadores de Colombia - CTC

El señor Luis Miguel Morantes Alfonso, en calidad de presidente de la CTC, procede a presentar las siguientes consideraciones en cuanto a la revisión de las objeciones gubernamentales del proyecto de ley.

Considera que el proyecto de ley tiene la ventaja de corregir, por iniciativa del legislador, una disposición legal que vulnera implacablemente la dignidad del adulto mayor en Colombia; especialmente, el derecho a la igualdad y al mínimo vital. Solicita a la Corte Constitucional que se tenga en cuenta el artículo 228 de la Constitución y por tanto las formas no se conviertan en un obstáculo para la efectividad de los derechos y se considere la primacía de la dignidad del adulto mayor como sujeto de derechos.

El descuento del 12% que se les aplica a los pensionados es tres veces mayor al que se les aplica a las personas que se encuentran en edad activa; lo cual significa una vulneración a su derecho a la igualdad, siendo una discriminación injustificada, por cuanto estas personas ya hicieron sus aportes durante un término mínimo de 20 años. Adicionalmente, resulta que la mayoría de los pensionados devengan un salario mínimo, el cual no les garantiza en su totalidad el acceso a elementos que permitan mejorar su mínimo vital. El Estado tiene la responsabilidad de proteger especialmente a personas que por su situación económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos sustanciales y no fines en sí mismas; por tanto, con base en el derecho del acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial, considera que puede entenderse que se está ante un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto”, por

extremo rigor en la aplicación de normas procesales. Por todo lo anterior, solicita que se sancione el proyecto de ley.

17. Intervención de los señores Juan José Aristizábal López y Sergio Benavides Escobar

Como estudiantes del Programa de Derecho de la Universidad de Caldas, proceden a evaluar las seis objeciones presidenciales y finalmente exponen sus pretensiones.

(1) Procedimiento legislativo

Tanto el vicio de votación como el de la realización del debate, para no vulnerar el principio deliberatorio, se subsanaron por cuanto se reabrió el debate el 13, 15 y 20 de junio; fecha última en la que se realizó la votación pública y nominal, con 59 votos a favor y 0 en contra.

(2) Tributario

El aporte a salud por los pensionados es una tasa parafiscal destinada a extraer recursos de un determinado sector económico para ser invertidos en el propio sector. De igual manera aduce que los gravámenes se encuentran sujetos al principio de legalidad y reserva de ley, progresividad, eficacia y equidad como cualquier otro tributo. Consideran que el Congreso de la República, en ejercicio de su poder de libre configuración estableció un monto más ajustado a las necesidades propias del Estado, que tiene en cuenta la capacidad tributaria de los contribuyentes y que permite al Estado seguir prestando el servicio esencial de salud a los pensionados y a su vez, que los afiliados sigan contribuyendo de manera periódica al sistema.

(3) Equidad y progresividad

El aporte del 12% indiscriminado vulnera el principio de progresividad. Los pensionados y trabajadores activos no pueden aportar lo mismo a salud por tener diferentes capacidades contributivas. En el caso de las personas de la tercera edad, requieren un mayor nivel de ingresos, además, a las personas de la tercera edad se les puede ubicar entre los menos aventajados, no por una característica intrínseca a la edad, sino que debido a su salud e integridad física tienen necesidades asistenciales diferentes y más exigentes que los demás sujetos de la sociedad; y es por esto por lo que se les considera sujetos de especial

protección constitucional. En este caso, “la justicia se puede expresar con la reducción de los aportes, por permitirles tener mayores ingresos para cubrir sus necesidades”. No pretende desconocer la obligación del pensionado de aportar a salud, pero sí se puede buscar disminuir su contribución. Ahora bien, destaca que, si un tributo determinado parece regresivo, éste solo será inconstitucional si no afecta la totalidad del sistema tributario, y las objeciones presidenciales no demuestran cómo se hace regresivo todo el sistema tributario.

(4) Solidaridad y progresividad

La reducción de aportes en un sistema que no está integralmente desarrollado ni financiado es violatoria del principio de solidaridad, principalmente porque la ley no contempla un mecanismo de financiación. Deberían explorarse formas de financiación que permitan la reducción de los aportes.

(5) Impacto fiscal

Los intervinientes manifiestan que se podría buscar fórmulas para equilibrar las cargas, por ejemplo, incrementando al 8% el aporte de los pensionados.

(6) Irretroactividad

Comparten la petición subsidiaria del Gobierno Nacional. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han prohibido la retroactividad de las normas, en razón al diseño y configuración del sistema tributario basado en la legalidad y la seguridad jurídica. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, Tributario, Constitucional y los principios esenciales del sistema tributario y de los derechos constitucionales de la población pensionada, queda prohibida la retroactividad de la ley, debido a que a raíz del cambio en el modelo de Estado en 1991 se restringió el *in dubio contra fiscum*.

18. Intervención de varios ciudadanos

Indican que, dentro del grupo de los firmantes de la intervención, los cuales son aproximadamente 493, se encuentran jubilados, prejubilados, beneficiarios de sustitución pensional y trabajadores entre 35 a 45 años de edad con expectativa de obtener la pensión de jubilación.

Indican que el sistema pensional es precario y que la situación económica y social del país obliga a que, en muchos casos, el jubilado sea quien sostiene o ayuda a sostener a sus hijos, nietos e incluso otros familiares.

Solicitan a la Corte Constitucional que, destacando su carácter garantista, haga justicia social y falle en derecho a favor de los jubilados de Colombia.

19. Intervención del señor Gerardo Bonilla Zúñiga

En su escrito de intervención, el ciudadano señala que del artículo 48 de la Constitución se deriva que, por mandado constitucional, la ley es el conducto apropiado para fijar toda la reglamentación pensional. Según la Corte Constitucional, el Congreso conserva una amplia facultad de regular de manera distinta el servicio de la seguridad social. Manifiesta que se ha evidenciado el desvío de incalculables sumas de dinero que debería ser destinadas a la salud y aun así se niega la reducción de las cotizaciones de la salud.

Manifiesta no estar de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que dice que los pensionados son las personas que dejan de tener obligaciones; concepto que por la época quedó revaluado, al considerar que es la generación que más necesidades tiene y que el Estado ni siquiera cubre eficientemente sus necesidades médicas y por el contrario ha impuesto mayores cargas tributarias, como el IVA, que recaen injustificadamente sobre las personas de menores ingresos.

Indica que la Ley 100 de 1993 en su artículo 143 le daba la prerrogativa al Consejo Nacional de Seguridad Social de reducir el monto de la cotización de los pensionados con la salvedad de que debía hacerse en proporción al menor número de beneficiarios. Expresa que la Corte Constitucional tiene la posibilidad de ordenar a este Consejo para que reduzca el monto de cotización.

Considera que los aportes mensuales que realizan los pensionados a salud enriquecen sin justa causa a particulares irresponsables que se convierten en personas que imposibilitan el bienestar de los colombianos. No es un favor sino un derecho que tienen todos los ciudadanos de obtener un servicio efectivo.

Expresa que las objeciones presidenciales son contrarias a un Estado Social de Derecho. Es

un hecho insólito ignorar el estado de pobreza que hay en Colombia, especialmente en el grupo de personas de la tercera edad. Considera inadecuado el majeo que se les ha dado a los recursos de salud del país y las retenciones, que califica como indebidas y fraudulentas, de las cotizaciones de los pensionados.

Finalmente, solicita a la Corte Constitucional hacer respetar al ser humano y que por tanto se declare constitucional el proyecto de ley.

20. Intervención de los señores Raúl Enrique Salazar Hurtado, Yolanda Sofía Hurtado De Salazar, Belarmino Ibáñez Larios, Orlando Rafael Pertuz Santander y Domingo Ramón Yepes Rodríguez

Indican ser pensionados y en tal calidad solicitan a la Corte Constitucional que declare INFUNDADAS las objeciones en relación con proyecto de ley en cuestión “el cual fue injustamente objetado por el Presidente de la República y que fueron rechazadas por infundadas por parte del Congreso de la República y por los pensionados de Colombia”.

Piden que se haga justicia con dicha población vulnerable, en concordancia con el principio de progresividad establecido en los artículos 46, 48 y 23 de la Constitución Política y que se pare con las reformas pensionales que vienen acabando con los beneficios que habían obtenido.

21. Intervención de la Asociación de Maestros Jubilados del Cauca

El señor Marino Daza Gutiérrez, en calidad de representante legal de la Asociación de Maestros Jubilados del Cauca, manifestaron que han contribuido a la educación y progreso del país y solicitaron que se adopte una decisión que permita la reducción de aportes a salud del 12 al 4% lo que afectaría positivamente su calidad de vida.

22. Intervención de Alcides Cantillo Flórez y César Augusto Giraldo Robledo

Los señores Alcides Cantillo Flórez y César Augusto Giraldo Robledo presentaron escritos separados pero con contenidos idénticos. En los escritos de intervención señalaron que el Presidente Juan Manuel Santos Calderón se comprometió en la campaña para su reelección a apoyar el proyecto de ley que permitiría la reducción del aporte en salud de los pensionados del 12 al 4%. Añadieron que, pese a la palabra empeñada, el presidente se

negó a sancionar la ley pese a que tenía pleno conocimiento de las implicaciones de la medida por su experiencia como economista, haber sido Ministro de Hacienda y Crédito Público y Presidente de la República.

23. Intervención de Ramiro Roa Gutiérrez

El señor Ramiro Roa Gutiérrez, de la Red de Pensionados, señaló que sus mesadas pensionales no es suficiente para garantizar sus necesidades y que la política pública en materias de pensionados no está acorde con sus necesidades. Adicionalmente, expuso que las mesadas pensionales equivalen al 75% del promedio salarial de los últimos 10 años y que la reducción en el aporte en salud sería un acto de justicia.

24. Intervención de Yolanda Salgado Blanco

La señora Yolanda Salgado Blanco que lo pretendido por el proyecto de ley es un reconocimiento para quienes aportaron al progreso del país y ahorraron para recibir una pensión.

25. Intervención de José Macario García Pérez

El señor José Macario García Pérez presentó escrito en el que solicitó “aprobar la rebaja de los aportes en salud para los pensionados” por ser una cuestión de equidad.

26. Intervención de Mario Herrera Vélez

El señor Mario Herrera Vélez expuso que la reducción en el aporte de salud tiene razón en la medida que el pensionado no tiene horas extras, su pensión se reduce al 75% del promedio salarial de los últimos 10 años, no tiene derecho a recreación o a cursos de SENA, no tiene derecho a recibir el pago de incapacidades médicas y debe asumir el 100% del pago del aporte.

27. Intervención de Edgar Espíndola Niño y la Confederación Democrática de Pensionados

El señor Edgar Espíndola Niño y los señores John Jairo Díaz Gaviria y Anselmo Gómez Elguedo, en calidad de Presidente y Secretario General de la Confederación Democrática de Pensionados, solicitaron a la Corte Constitucional que se abstenga de acatar las objeciones

gubernamentales propuestas y aseguraron en el escrito de intervención que los pensionados han sido discriminados. Por su parte, añadieron que la aprobación del informe de conciliación estuvo acorde a la ley 5 de 1992, que el proyecto de ley no representa una exención tributaria sino una reducción de tarifa por lo que no requiere aval gubernamental, que los aportes no reúne la condición para ser denominado un recurso parafiscal y que la reducción garantiza progresividad efectiva en los derechos sociales.

28. Intervención de Juan Diego Buitrago Galindo

El ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo solicitó que se declarara inexecutable el Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Nro. 008 de 2015 Cámara. El interviniente puso de presente que el proyecto objetado requería aval gubernamental tal como lo exige el artículo 154 de la Constitución Política y el mismo no se otorgó por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el de Salud y Protección Social. Añadió que aunque el Ministerio de Trabajo advirtió en el trámite legislativo que la iniciativa resultaría loable y meritoria, la palabra resultaría es un indicativo condicional que estaba sujeto al análisis de impacto fiscal que no se había tenido en cuenta en el proyecto de ley.

Adicionalmente, el interviniente aseguró que el proyecto objetado viola el principio de solidaridad pues la reducción contemplada resulta desproporcionada y contraria a la Constitución Política. Finalmente, concluyó que la medida es retroactiva pues la exención tributaria se pretende hacer efectiva desde el 1 de enero de 2017, lo que a juicios del ciudadano es inconstitucional.

29. Intervenciones extemporáneas

Fuera del término de fijación en lista, se presentaron escritos de varios ciudadanos. A continuación, se hará una breve síntesis de las ideas que, de manera transversal, se encontraron en las intervenciones:

(i) A favor de declarar infundadas las objeciones:

Los argumentos utilizados para pedir la declaración de exequibilidad del proyecto son las siguientes:

(1) Hacen una breve contextualización de los principios y objetivos del SGSSS y su incidencia en el conglomerado social, indicando que el Estado Social de Derecho debe garantizar unos derechos, libertades y oportunidades en igualdad de condiciones para todos sus asociados; estableciéndose entonces como principios fundamentales del SGSSS la universalidad, la eficiencia, la solidaridad, la unidad, la participación e integridad, y que para hacerlos prevalecer se han tenido que hacer ajustes normativos sobre las normas relacionadas con la materia en discusión.

Explican que las contribuciones al SGSSS por ser parafiscales no forman parte del presupuesto nacional y, en consecuencia, no les es aplicable la llamada ley de la regla fiscal como se afirma en las objeciones. Como dijo la Corte en la C-490 de 1993: “Las rentas parafiscales (...) tienen como característica esencial la destinación específica; no entran a engrosar el monto global del presupuesto nacional y, como se verá más adelante, se diferencian claramente de los impuestos y tasas.”

(2) Consideran que tanto la rama ejecutiva como la legislativa deben procurar que los colombianos no se vean afectados por las modificaciones que se hagan para el manejo del sistema y que debe tenerse en cuenta que para el caso en estudio, la modificación de aportes al sistema de salud para un determinado grupo de personas, puede tener una incidencia directa sobre la estructura misma del sistema, lo que generaría efectos sobre todos los demás asociados; volviendo necesaria la intervención del Estado para que regule esas situaciones, garantizando y protegiendo los derechos de todos, tanto los que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como los que podrían ver sus derechos fundamentales afectados por una decisión económica y financiera (como en el caso en estudio). Finalmente, hacen énfasis en que el financiamiento del SGSSS debe concordar con la realidad económica, social y financiera del país y sus ciudadanos.

(3) Frente a las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley 062 Cámara, 170 de 2016 Senado, manifiestan que es constitucional el proyecto por no requerir de un aval gubernamental, ya que no se trata de una exención tributaria ni de un impuesto, tasa o contribución del orden nacional; por lo que el Congreso, según el artículo 154 de la Constitución Política, dentro de sus atribuciones y en ejercicio de la cláusula general de competencia, podía presentar y tramitar dicho proyecto. No es una exención en la medida en que no están siendo excluidos del pago del aporte a salud, sino que se les está

disminuyendo el porcentaje de aporte por razones de equidad e igualdad.

Sin embargo, manifiestan que el Presidente dio su aval, el cual se acreditó en el acuerdo que firmó, relacionado con el aumento del salario mínimo, en el que se tuvo en cuenta la solicitud de la Confederación Democrática de Pensionados y de las centrales obreras para que se eliminara el aporte obligatorio a salud para los pensionados, y en su intervención, durante la campaña de reelección del 6 de junio de 2014, en el que expresó que apoyaría el proyecto de ley para la reducción del aporte.

(4) En segundo lugar, plantean que la búsqueda de un “sistema pensional solidario” va en detrimento del sistema de salud, al ocasionar un desequilibrio entre los dos sistemas, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera de uno de ellos; resultando ser una medida inocua por buscar favorecer un sistema afectando al otro, desconociendo el principio constitucional de sostenibilidad financiera. Resaltan que no consideran que la aplicación del principio de solidaridad deba implicar poner mayores cargas a quienes ya contribuyen para el sostenimiento del sistema. La Ley 100 de 1993 no solo impactó los ingresos de los pensionados, imponiendo pagar el 12%, sino que además impuso el pago de cuotas moderadoras, copagos, compra de medicamentos fuera de POS y de servicios no cubiertos por la EPS; así que el aporte resulta ser más del 12%.

(5) Expresan que la Constitución contempla una serie de sujetos que necesitan de un trato especial por la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentran. En particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena. En relación con estos sujetos la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve para la promoción de la dignidad de los ancianos.

A su parecer los pensionados son una población vulnerable, argumentando que la Corte Constitucional en su sentencia T-244 de 2012 definió el estado de vulnerabilidad como: “aquellas circunstancias que le impiden al individuo procurarse en su propia subsistencia”, estableciendo como ejemplo de una situación de vulnerabilidad “la no afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, inestabilidad laboral, entre otros”. Por lo anterior, concluyen que el objetivo de contribuir con una cotización más equitativa se podría obtener de una

forma diferente a la propuesta, planteando que se realice la modificación al porcentaje que establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 14, para que se realice conforme al salario mínimo, en compensación de la pérdida de poder adquisitivo mencionada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley. Por lo anterior, solicitan que se mantengan las objeciones presidenciales. Además, plantean que el Estado debería financiar el sistema y se debería establecer una contribución tripartita para el financiamiento conformado por el Estado, el empleador y el trabajador.

(6) Instan a que la decisión final materialice la prevalencia del interés general sobre el particular, sin dejar de proteger el grupo de pensionados; por considerar que las modificaciones propuestas implicarían variaciones que acarrearían desequilibrios afectando el grueso de la población. Por el contrario, la disminución del porcentaje de aporte significaría proteger el poder adquisitivo de la pensión.

(7) Exhortan a que la Corte Constitucional haga un llamado al Congreso de la República para que se cree un programa que le permita a la población pensionada acceder a una ayuda para alivianar su carga económica en atención a sus condiciones de vulnerabilidad, garantizando que dicha propuesta no involucre un detrimento de los intereses colectivos, generando mayores cargas económicas o tributarias a los demás asociados por buscar lograr solucionar la problemática de dicho grupo poblacional.

(8) Derecho al mínimo vital de una persona de la tercera edad: Reconocen que la afectación del mínimo vital de las personas de tercera edad es relevante por ser, en muchos casos, la pensión el único ingreso que perciben los pensionados en su retiro laboral y ser los mismos quienes comparten su mesada con sus familias; en algunos casos las mantienen. La pensión se ha visto afectada por la disminución de su monto con respecto al salario del trabajador activo y por tener que asumir la totalidad del aporte a salud, afectando las condiciones de vida del pensionado y su núcleo familiar, por cuanto su nuevo status no significa una disminución de sus obligaciones económicas y lo que se genera es la imposibilidad de que con la pensión se satisfaga el mínimo vital.

(9) Derecho a la igualdad pensional en un Estado Social de Derecho: Mencionan la sentencia C1000 de 2007 en la que se indica que las personas que poseen ingresos, ya sea como trabajadores activos o pensionados, tienen “oportunidades superiores a quienes se

encuentran en estado de pobreza o indigencia y además no tienen una mínima calidad de vida porque no poseen ingresos para lograr siquiera satisfacer sus necesidades básicas". Hay desigualdad frente a los trabajadores activos respecto de los pensionados, debido a que los primeros aportan el 4% mientras el pensionado debe aportar el 12%.

Manifiestan que se debe contribuir a financiar el sostenimiento de quienes no tienen recursos, por ser un deber propio de un Estado Social de Derecho. Citan también la sentencia C-126 de 2000 en la que se afirma que hay diferencia entre los trabajadores y los pensionados, implicando un tratamiento diferenciado entre estos, lo que hace que el legislador no se vea obligado a imponerle las mismas cargas, pues frente a los primeros hay una relación laboral en la que asumen sólo un porcentaje del monto de cotización y en cambio, el legislador podría decretar pagar a los pensionados la totalidad de la misma.

(10) El pensionado, objeto de especial protección: Consideran a los pensionados como sujetos de trato especial en razón de su situación de debilidad manifiesta, a los cuales el Estado debe brindar una protección especial y no debe desprotegerlos al exigir que les incrementen el valor de los aportes; a este grupo se les debería reconocer el derecho a gozar de una vejez digna y plena después de haber laborado tantos años de su vida. Los pensionados no son los responsables de la crisis que afronta el país; por el contrario, son víctimas de la misma crisis por mala atención.

(11) En Colombia, los pensionados albergan todos los estratos y niveles de ingresos pensionales, por lo que la equidad debe ser ponderada con un enfoque diferencial, haciéndose necesario determinar la franja de vulnerable para aplicar factores de solidaridad para poder aplicar el principio de la equidad. No se puede obligar a un pensionado a entrar en una fase de precariedad económica, por lo que deben ser receptores del principio de solidaridad, por lo que hacia ellos debe fluir la prioridad social del gasto público y se les debe aliviar la carga económica y contribuir a su bienestar social.

Hay una ficción de equilibrio financiero del sistema de salud basado en el aporte de los pensionados. En lugar de ser objeto de solidaridad, al pensionado se le carga el 8% que antes pagaba el empleador, generando efectos nocivos en la precaria mesada pensional que ya se veía disminuida por el sistema. Es una carga ajena que se impondría sin sustento jurídico, soportada únicamente en un cómputo frío para estabilizar el sistema a costa de

los derechos de este grupo de personas. Por esto es necesario determinar franjas vulnerables y no vulnerables, siendo la vulnerable la que tenga como ingreso pensional uno por debajo de cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con la situación económica del país.

Con base en las ideas anteriores, solicitan que se tome la decisión de reducir al 4% la cotización mensual de los pensionados cuya mesada sea inferior a cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes y que se declare a la franja de pensionados con mesada inferior a cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes como población vulnerable.

Consideran que una norma o proyecto que busca el mejoramiento o sostenimiento básico de las personas debe basarse en la idea de que los derechos se fundamentan en la solidaridad, necesaria para garantizar que se pueda vivir en libertad, para lo cual se requiere de un mínimo de seguridad económica y la satisfacción de las necesidades básicas. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y que no es equitativo ni solidario hacer recaer la totalidad del aporte sobre las mesadas pensionales. La reducción de la contribución a salud de los pensionados significa el cumplimiento del principio de progresividad.

(ii) En contra de la constitucionalidad del proyecto

Los argumentos utilizados para pedir la declaración de inexecutable del proyecto son las siguientes:

1.) El proyecto 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 su capacidad contributiva, la progresividad del sistema de salud y la capacidad contributiva de los demás contribuyentes del sistema. Es una norma regresiva e inequitativa por beneficiar a un grupo sin considerar su capacidad de pago, generando mayor carga al resto de contribuyentes y un beneficio excesivo a los pensionados con capacidad de pago. Adicionalmente, vulnera el principio de progresividad por implicar que se contará con menores recursos para avanzar en la cobertura y protección del derecho a la salud.

2.) Los aportes de los pensionados no solo constituyen un importante rubro de ingreso del

sistema, sino que además suponen la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

3.) Los ciudadanos deben cumplir con determinadas obligaciones a fin de equilibrar las cargas públicas que estructuran y sostienen la organización social, política y jurídica de la que hacen parte. En esta medida, los pensionados, si bien cuentan con un carácter especial dentro de la estructura del Estado Social de Derecho, no por ello pueden excusarse de algunas de sus cargas.

4.) El proyecto en cuestión vulnera el principio de solidaridad, en el sentido en que al disminuir la fuente de recursos en beneficio de un grupo específico, dificulta la ampliación de cobertura como la prestación del servicio de salud a los afiliados al régimen subsidiado.

5.) Por tratarse de un tributo de causación instantánea, la aplicación retroactiva de un beneficio tributario resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política.

6.) Hacen referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se ha definido que la reducción de la tarifa de cotización de los pensionados es una exención tributaria y que los proyectos de ley que tengan relación con esto deben tener aval del Gobierno, lo que no se dio en el proyecto objetado. Además el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresó que consideraba que el proyecto debía ser archivado porque contenía una medida regresiva, la cual no preveía una fuente sustituta de recursos para el financiamiento del sistema. El Ministerio de Salud y Protección Social también solicitó el archivo del proyecto por afectar la sostenibilidad fiscal, la financiación y atención en salud. A su vez, el Congreso omitió transcribir de forma completa la opinión del Ministerio de Trabajo en el que menciona su aval condicionado, en el sentido de que lo consideraría adecuado si se garantizara la no afectación de la sostenibilidad del sistema.

7.) Resulta desproporcionado que, contando con capacidad de pago, la cotización a sufragar por los pensionados a que alude el proyecto de ley no alcance ni para pagar la UPC, que corresponde al aseguramiento del mismo pensionado, vulnerando así el principio de solidaridad.

8.) Resaltan que la aprobación del informe de conciliación del proyecto sufrió una serie de irregularidades que configuran un vicio de formación de la ley, los cuales son que: (1) la votación del informe de conciliación en la sesión plenaria del 7 de junio de 2017 carece del requisito de unanimidad, (2) en la sesión plenaria en la que fue sometido a votación el informe se eludió el debate, y (3) la reapertura votada y aprobada en la sesión plenaria era para subsanar vicios de forma, pero no concluyó adecuadamente, por lo tanto el vicio no fue convalidado.

9.) Los aportes en salud son una contribución parafiscal que es 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. 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. Es un tema de iniciativa privada del Ejecutivo y por eso el proyecto debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno.

10.) El proyecto debe ser declarado inexecutable porque si se realiza la disminución del aporte en salud de los pensionados, sin que se establezca una fuente sustitutiva de los recursos, se infringiría el principio de solidaridad y progresividad, afectando la adecuada prestación del servicio. La inconstitucionalidad e inconveniencia del proyecto 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.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Comienza su concepto transcribiendo el texto objetado, luego hace una breve síntesis de las objeciones gubernamentales presentadas y de la insistencia en la aprobación por parte del Congreso de la República respecto del proyecto de ley objetado. Finalmente presenta su opinión en los siguientes términos:

Considera que las objeciones presidenciales fueron presentadas dentro del plazo establecido en el artículo 166 de la Constitución Política, según la interpretación del mismo hecha por la Corte Constitucional, en la que se entiende que el Presidente de la República cuenta con un término de seis días hábiles para objetar los proyectos de ley que no posean

más de 20 artículos; resaltando que el Departamento Administrativo de la Presidencia recibió el referido proyecto para sanción presidencial el día 10 de julio de 2017 y que las objeciones se presentaron el día en que se vencía el término.

Ahora bien, manifiestan que a su parecer las objeciones del Gobierno son infundadas y que no conducirían a la inexecutableidad del proyecto sino a la aplicación de la modulación de los efectos del fallo, ya sea de manera oficiosa o en el marco de un incidente de impacto fiscal.

En primera medida, hace referencia a la convalidación de la votación aprobatoria del informe de conciliación en la plenaria del Senado de la República indicando que, pese a no existir documentos de convicción que permitan corroborar los hechos señalados por el Gobierno, de un análisis sistemático del expediente es posible inferir que el vicio alegado fue convalidado. Señala que la jurisprudencia ha sostenido que los reparos de constitucionalidad a una norma por vicios de procedimiento en el trámite legislativo deben evaluarse de conformidad con el principio de instrumentalidad de las formas, el cual reconoce la importancia de las reglas de procedimiento del trámite legislativo pero, a su vez, advierte que una interpretación excesivamente rigurosa sobre su peso hace que dichas reglas cobren valor en sí mismas y lleguen a convertirse en un obstáculo para el cumplimiento de los fines materiales que persiguen las normas jurídicas; por eso la Corte Constitucional ha señalado que deben ser interpretadas teleológicamente al servicio de un fin sustantivo. Lo anterior significa que aplicar dicho principio implica que si existen vicios de procedimiento en un trámite legislativo aquellos podrían ser convalidados posteriormente con ocasión de este trámite, debido a que los vicios son subsanables al no tener la capacidad para alterar la voluntad de las cámaras, por cuanto con posterioridad se pudo manifestar la voluntad de forma adecuada.

Por tanto, el Ministerio Público considera que el vicio de aprobación indebida del informe de conciliación fue convalidado por parte de la misma plenaria del Senado en la votación nominal y pública, subsanándose el vicio de la aparente unanimidad irregular censurada por el Gobierno en la votación ordinaria del 7 de junio de 2017, mediante la cual se aprobó nuevamente el texto aprobado previamente y en la que no hay duda acerca de que el mismo se aprobara. Solicitan entonces a la Corte Constitucional que declare infundada la objeción.

Ahora bien, explica que del artículo 334 de la Constitución Política puede entenderse que se impide que se aduzca la sostenibilidad fiscal como un medio para evitar la progresividad del Estado Social de Derecho o para impedir la materialización de los derechos fundamentales, y que no resulta fácil definir el alcance de dicho criterio como fundamento para declarar la inexecutable de las leyes o para objetar los proyectos que busquen, precisamente, introducir una progresividad y promover la materialización del Estado Social de Derecho. Plantea que el concepto de sostenibilidad fiscal conmina a los poderes públicos a desplegar su acción en el marco del principio de colaboración armónica y no a inviabilizar las políticas sociales, y que sólo ante una imposibilidad real de progresividad de los objetivos del Estado Social de Derecho, mediante el ejercicio de la colaboración de los poderes, se podría atribuir a dicho principio constitucional el alcance de evitar aquella progresividad en los eventos en los que exista un verdadero riesgo de sostenibilidad fiscal del Estado. Destaca que el artículo 334 fue desarrollado por la Ley 1695 de 2013, en la que se le permitió al juez constitucional modular los efectos de sus fallos, justamente en esos casos, para que las garantías sustanciales que deben ser amparadas se puedan implementar a través de un proceso flexible, en lugar de enfrentarse con el criterio de sostenibilidad fiscal como una barrera. El interpretar de forma contraria dicho criterio llevaría a la violación directa del sentido de la reforma del Acto Legislativo 03 de 2011, por vaciar la condición instrumental de la regla fiscal y despojarla de su pretensión de progresividad.

Considera que si la Corte Constitucional encontrase que el único vicio del proyecto fuere la sostenibilidad fiscal, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la medida, debería tenderse a evaluar la posibilidad de modular su aplicación para armonizar la progresividad con la viabilidad de las políticas legislativas objeto de juicio.

Respecto de la objeción relacionada con la necesidad del aval gubernamental, el Ministerio Público señala que no comparte que el proyecto pueda catalogarse como una disposición que implique una exención tributaria ni como un proyecto que contemple un beneficio tributario, ya que se trata de una disminución del aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud; así como tampoco estima el Procurador que en este caso se requiera de aval del Gobierno. Para el Ministerio Público el proyecto de ley se hace con fundamento en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, el cual no está sometido a iniciativa gubernamental, dado que señala que: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 12. Establecer contribuciones fiscales y,

excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. Expresa que ese artículo debe leerse en concordancia con el art. 338 de la Carta, el cual establece que: “En tiempos de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”.

De las anteriores normas se deduce que el proyecto de ley contempla una variación del monto de una contribución parafiscal, o más precisamente, una modificación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, y no de una exención de un impuesto, contribución o tasa; lo que también deriva en que la iniciativa concurre en el Congreso. Al tratarse de un proyecto normativo que contiene una disposición que desarrolla una competencia privativa del Congreso, no puede exigirse el requisito de la iniciativa, que según la jurisprudencia constitucional, debe ser aplicado en forma restrictiva, como toda limitación a la competencia del Congreso en su función legislativa.

Respecto de la alocución presidencial del 6 de junio de 2014, en un evento de pensionados, en el contexto de la segunda vuelta presidencial, en la que el Presidente menciona que apoyaría el proyecto de ley relacionado con la reducción de la contribución a salud y de las palabras del Ministro de Hacienda y Crédito Público en el debate de reforma tributaria en que felicitó al Congreso por no incluir el beneficio de la cotización en salud para los pensionados en la reforma porque ello habría generado vicios de inconstitucionalidad por falta de consecutividad, el Ministerio Público indica que la Corte Constitucional debe evaluar si el referido documento es suficiente para concluir que hubo aval gubernamental, por existir una gran semejanza temática entre el compromiso citado (eliminar el aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados) y el objetivo del proyecto de ley objetado. No obstante, en caso de que la Corte concluya que no involucra un aval, resalta que su ausencia no podría significar la inconstitucionalidad del proyecto pues, de conformidad con el principio de la instrumentalidad de las formas, se debería evaluar si existe o no afectación al principio de sostenibilidad fiscal; violación que no es clara para el Ministerio Público, conforme lo referido en el informe de insistencia.

Propone el Ministerio dos alternativas para lograr conciliar la materialización de la

progresividad en derechos y garantías sociales con el marco fiscal de mediano plazo, en el caso en que la Corte Constitucional halle que el único vicio, formal o material, consista en la transgresión del marco fiscal: (1) Modular o (2) diferir los efectos del fallo, como lo autoriza la Constitución Política.

Adicionalmente, resalta que el Congreso refirió la fuente de financiación del proyecto de ley, señalando que puede ser financiado con fundamento en los manejos administrativos tendientes a aumentar el recaudo, derivados del aumento de la cobertura, de la lucha contra la elusión y la evasión y, en especial, con fundamento en los resultados superavitarios del FOSYGA; lo cual vuelve infundada la objeción relacionada con el supuesto incumplimiento de los requisitos del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, relativos a hacer explícita su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y a incluir expresamente en la exposición de motivos y ponencias del trámite los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento.

De otra parte, el Ministerio Público expresa no considerar que el proyecto implique violación al principio de solidaridad, así como tampoco que introduzca una regresividad en el sistema tributario, en la medida en que ambos resultan ser principios que permiten diversas ponderaciones políticas en sede congresional. El Congreso, conforme al principio de no taxation without representation, es el órgano que puede variar las cargas sociales bajo criterios razonables y admisibles por el ordenamiento superior, y es por ello que el legislador por mandato del principio de solidaridad decidió otorgar a los pensionados el beneficio que hoy se acusa de inconstitucional. De igual manera, se le ha otorgado al Congreso un margen de configuración amplio para que en el ejercicio de su función de representación evalúe con el mejor criterio, la conveniencia en la imposición de tributos para el progreso en la realización de los derechos de los ciudadanos. Por lo anterior, el Ministerio encuentra que la decisión adoptada por el Congreso no vulnera los principios de solidaridad, equidad y progresividad y, por ende, esta objeción resulta infundada.

Finalmente, en relación con la última objeción, menciona que el inciso segundo del proyecto pretende aplicar el nuevo parámetro a aportes ya efectuados y destinados al interior del sistema, es decir, a situaciones que se han perfeccionado; y como se trata de un efecto prohibido por las reglas de la aplicación de la ley en el tiempo, el Ministerio estima que la ésta solo podría aplicarse a partir del momento en que se surta su promulgación.

En síntesis, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que declare infundadas las objeciones presidenciales, con excepción de la relativa a la violación de la irretroactividad de la ley. Solicita que se declare la constitucionalidad del proyecto objetado, precisando que tendrá efectos a partir del momento de su promulgación. De manera subsidiaria, en caso de que la Corte encuentre fundadas las objeciones relacionadas con el desconocimiento de la sostenibilidad fiscal, solicita que se declare la constitucionalidad del proyecto, modulando o difiriendo los efectos del fallo, para evitar que el marco fiscal se torne en un impedimento de los fines del Estado Social de Derecho, al tenor del artículo 334 superior.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer sobre las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional en el presente caso, de conformidad con lo previsto en los artículos 167 y 241.8 de la Constitución Política, así como 32 del Decreto 2067 de 1991.

La Corte Constitucional ha establecido que son dos las condiciones necesarias para que se active su competencia para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de Ley que hubieren sido objetados por el Gobierno Nacional como inconstitucionales. En primer lugar, que el Gobierno hubiere objetado por motivos de inconstitucionalidad dentro de los términos previstos en el artículo 166 de la C.P. Y, en segundo lugar, que el Congreso insista en la aprobación del articulado objetado. Tal como se evidencia líneas adelante, dichas condiciones se cumplen en el presente caso, por lo que se encuentra activada la competencia de la Corte Constitucional para decidir sobre el proyecto de Ley objetado.

2. Trámite de las objeciones gubernamentales

El artículo 241.8 de la Constitución Política establece que a la Corte Constitucional le corresponde decidir “sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”. Dicha competencia comprende también la revisión del procedimiento impartido a dichas objeciones, según jurisprudencia reiterada de esta Corporación[6].

El texto de las objeciones gubernamentales se publicó en la Gaceta No. 576 del 21 de julio de 2017.[7]

Mediante oficio del 21 de septiembre de 2017, se le informó a los honorables representantes Alfredo Ape Cuello Baute y Carlos Abraham Jiménez López que por instrucciones del Presidente de la Cámara de Representantes y en atención al artículo 199 de la Ley 5 de 1992 habían sido designados para rendir informe sobre las objeciones gubernamentales formuladas por inconstitucionalidad e inconveniencia al proyecto.[8]

El 5 de octubre de 2017, el representante a la Cámara Alfredo Ape Cuello Baute presentó escrito de renuncia al estudio de las objeciones debido a la condición de pensionado de su padre.[9]

En vista de la situación antes reseñada, el 24 de octubre de 2017 se informó al parlamentario Berner León Zambrano Eraso sobre su designación como miembro de la comisión para estudiar las objeciones formuladas.[10]

Por su parte, a través del oficio del 19 de septiembre de 2017, el secretario del Senado de la República informó a los senadores Édinson Delgado Ruiz y Alexander López Maya que por instrucciones del presidente de la Corporación habían sido designados como miembros de la comisión accidental para el estudio de las objeciones gubernamentales.[11]

El 21 de noviembre de 2017 se presentó el informe sobre objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Nro. 008 de 2015 Cámara a los presidentes de la Cámara de Representantes y del Senado de la República. El documento fue firmado por los senadores Édinson Delgado Ruiz, Antonio José Correa Jiménez y Alexander López Maya, así como por los representantes a la Cámara Berner León Zambrano Eraso y Carlos Abraham Jiménez López.[12]

El informe sobre objeciones presidenciales se publicó en las Gacetas Nro. 1079 del 21 de noviembre de 2017 y Nro. 1086 del 23 de noviembre de 2017.[13]

En sesión plenaria del 6 de diciembre de 2017, el Senado de la República consideró y aprobó el informe de las objeciones gubernamentales presentado por la comisión accidental tal como consta en el Acta Nro. 43 publicada en la Gaceta del Congreso Nro. 174

de 2018,[14] previo anuncio el día 5 de diciembre de 2017, de acuerdo con el Acta Nro. 42 publicada en la Gaceta del Congreso Nro. 173 de 2018.[15]

Mediante votación nominal se declararon infundadas las objeciones presentadas por el Ejecutivo al Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara (acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara). De acuerdo al registro existieron 53 votos a favor del informe presentando.

Existen constancias de retiro de la discusión y votación del informe de las objeciones gubernamentales de los senadores Antonio Navarro Wolff y Alfredo Ramos Maya.[16]

Por su parte, en sesión plenaria del 13 de diciembre de 2017, la Cámara de Representantes consideró y aprobó el informe de las objeciones gubernamentales presentado por la comisión accidental tal como consta en el Acta Nro. 273 publicada en la Gaceta del Congreso 159 de 2018,[17] previo anuncio el día 12 de diciembre de 2017, de acuerdo con el Acta Nro. 272 publicada en la Gaceta del Congreso Nro.122 de 2018.[18]

Cerrado el registro, el Secretario General anunció 93 votos aprobando el informe de la subcomisión y 0 en contra por lo que se negaron las objeciones presidenciales al proyecto.

Como se constató, el proyecto fue devuelto junto con el escrito de las objeciones gubernamentales dirigido al presidente de la Cámara de Representantes el 18 de julio de 2017 y el informe de la comisión accidental fue aprobado el 6 de diciembre de 2017 por el Senado de la República y el 13 de diciembre del mismo año por la Cámara de Representantes.

Mediante el oficio de 23 de enero de 2018, el Secretario General del Senado de la República remitió a la Corte Constitucional el expediente del Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Nro. 008 de 2015 Cámara, por el cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados, el cual fue objetado por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia.

2.1. Oportunidad de las objeciones

El artículo 166 Superior consagra que el Gobierno dispone de seis días para devolver un

proyecto de ley con sus objeciones si el mismo no tiene más de veinte artículos y la jurisprudencia Constitucional advierte que el término contemplado en la norma antes reseñada debe computarse en días hábiles[19] de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, que subrogó el artículo 70 del Código Civil.[20]

En el caso particular, el Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Nro. 008 de 2015 Cámara se radicó en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República el 10 de julio de 2017[21] y el 18 de julio del mismo año el proyecto fue devuelto con el escrito de las objeciones gubernamentales.[22] De esta manera, las objeciones fueron presentadas el último día dispuesto para tal efecto.

Adicionalmente, se acreditó el cumplimiento de lo establecido en el artículo 165 de la Constitución Política que dispone que si un proyecto de ley es aprobado por ambas Cámaras y es objetado por el Gobierno deberá ser devuelto a la Cámara que tuvo origen. En el caso de la referencia, el proyecto se remitió mediante escrito dirigido al presidente de la Cámara de representantes.

Además, el escrito de las objeciones gubernamentales fue firmado por el Presidente de la República, el Ministro Hacienda y Crédito Público (encargado), el Ministro de Salud y la Ministra de Trabajo (encargada).

3. Análisis de las objeciones

A efectos de estudiar la presente objeción presidencial la Corte (i) se referirá al contenido del proyecto de ley puesto en consideración y (ii) repasará la jurisprudencia sentada en relación con cada uno de los temas referidos a la objeción, para proceder a su resolución.

3.1 Contenido de la iniciativa del Proyecto de Ley objetado

El inicial artículo 204 de la Ley 100 de 1993 preveía que toda persona afiliada al régimen contributivo en salud (vinculada mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago) debía pagar una cotización obligatoria del 12% del salario base de cotización. En el caso de los particulares contratistas y servidores públicos, el antiguo artículo 204 de la Ley 100 de 1993

disponía que dicho porcentaje se repartiría de la siguiente manera: 2/3 partes a cargo del empleador (8%) y 1/3 (4%), a cargo del trabajador. Por el contrario, en el caso de los pensionados y de los trabajadores independientes, al carecer evidentemente de empleador, debían asumir la totalidad del pago de la cotización, es decir, el 12%.

Más adelante, el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 incrementó, a partir del 1º de enero de 2007, el monto de la cotización en salud del 12% al 12.5% del ingreso o salario base de cotización. En cuanto a la distribución de la cotización, la norma dispone que el empleador asumirá el 8.5% de la misma, es decir, se le incrementó en 0.5%, en tanto que aquella a cargo del trabajador se mantuvo en un 4%.

Posteriormente, en la Ley 1250 de 2008 se introdujo una modificación al artículo 1º de la ley 1122 de 2007, que exoneró a toda la población pensionada de la obligación de contribuir con un 0.5% adicional del ingreso base de cotización.

Actualmente, mediante el proyecto de ley objetado, se propone modificar nuevamente el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, disminuyendo la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados del 12 % al 4% de la respectiva mesada pensional, lo cual se haría efectivo desde el 1 de enero de 2017.

El artículo 2 dispone la vigencia de la referida ley.

3.2 Análisis de las objeciones por vicios de trámite legislativo

Se procederá a analizar las objeciones presentadas por el Gobierno referidas a los posibles vicios de trámite en la expedición de la ley. No obstante, en primer lugar se hará referencia a la totalidad del trámite surtido por el proyecto.

3.2.1 Trámite surtido

El 4 de agosto de 2015 el Representante a la Cámara Alejandro Carlos Chacón Camargo radicó el Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara “por el cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”. [23] El proyecto con su exposición de motivos se publicó en la Gaceta del Congreso Nro. 579 del 6 de agosto de la misma anualidad. [24]

Mediante oficios CSpCP.3.7-196-2015 el Secretario General de la Comisión Séptima designó como ponentes para primer debate del proyecto a los representantes a la Cámara Óscar Ospina Quintero, Didier Burgos Ramírez (Coordinador ponente) y Mauricio Salazar Peláez.[25]

A través de la Resolución 01 del 2 de septiembre de 2015, la mesa directiva de la Comisión Séptima Constitucional permanente de la Cámara de Representantes acumuló el Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara con el Nro. 008 de 2015 Cámara.[26]

1. Trámite en la Cámara de Representantes

Informe para primer debate en Cámara

El 16 de septiembre de 2015 se presentó informe para primer debate en Cámara para el proyecto de ley. El documento fue firmado por los representantes a la Cámara Didier Burgos Ramírez, Cristóbal Rodríguez Hernández, Rafael Romero Piñeros, Mauricio Salazar Peláez, Wilson Córdoba Mena y Óscar Ospina Quintero. El informe para primer debate y el texto propuesto se publicaron en la Gaceta del Congreso Nro. 721 de 18 de septiembre de 2015.[27]

Proposiciones modificatorias

El 10 de noviembre de 2015, los representantes a la Cámara Esperanza Pinzón de Jiménez, Margarita Restrepo y Wilson Córdoba presentaron una proposición modificatoria del artículo 1 del proyecto de ley, a saber:[28]

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

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados que reciban hasta 3 salarios mínimos mensuales vigentes, será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

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

El mismo día del mes de noviembre, el representante a la Cámara Cristóbal Rodríguez

Hernández presentó la siguiente proposición modificatoria al artículo 1 del proyecto de ley:[29]

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

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados que su mesada pensional no supere los cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

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

Discusión y votación en primer debate

La votación y discusión del Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Nro. 008 de 2015 Cámara se adelantó en sesión desarrollada el 10 de noviembre de 2015 en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes.

Ponencia para segundo debate en Cámara

El 9 de diciembre de 2015, se presentó ponencia para segundo debate con el texto propuesto en Cámara del proyecto de ley. El documento fue firmado por los representantes Didier Burgos Ramírez, Cristóbal Rodríguez Hernández, Rafael Romero Piñeros, Mauricio Salazar Peláez, Wilson Córdoba Mena y Óscar Ospina Quintero.[30] El informe se publicó en la Gaceta Nro. 1072 de 2015.

Proposiciones modificatorias

Los días 19, 25 y 26 de abril de 2016, los representantes María Eugenia Triana Vargas, Samuel Hoyos Mejía y Lina María Barrera Ruda presentaron proposiciones para modificar el artículo 1 del proyecto de ley.[31]

Anuncio para discusión y votación en segundo debate.

El anuncio para la votación del Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Nro. 008 de 2015 se llevó a cabo en sesión del 20 de abril de 2016, de lo que existe constancia en el Acta Nro. 128 del mismo día y se publicó en la Gaceta del Congreso Nro.

452 de 2016.[32]

En sesión plenaria del 25 de abril de 2016, se aprobó en segundo debate el texto definitivo con modificaciones del Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Nro. 008 de 2015 Cámara. El trámite surtido consta en el Acta Nro. 129 de la misma fecha publicada en la Gaceta del Congreso 354 de 2016.[33]

Remisión del expediente legislativo al Senado

A través de oficio SG2-0703/2016 del 27 de abril de 2016, el Secretario General remitió el expediente del proyecto de ley al presidente del Senado, Juan Fernando Velasco Chávez.[34]

2. Trámite ante el Senado de la República

Citación a comisión accidental

Mediante oficio CSP-CS-1612-2016 del 19 de octubre de 2016, el Secretario General de la Comisión Séptima notificó la citación a comisión accidental por instrucción de la mesa directiva de la célula legislativa, con el objeto de buscar consenso y presentar posiciones frente a la ponencia que sería presentada para primer debate del Proyecto de Ley 170 de 2016 Senado y 062 de 2015 Cámara. El oficio se dirigió al Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Ministra de Trabajo, a los senadores Édinson Delgado Ruiz, Honorio Miguel Henríquez Pinedo y Javier Mauricio Delgado Martínez en calidad de ponentes, a Eduardo Pulgar Daza como coordinador ponente y a Antonio José Correa Jiménez como coordinador de la Comisión Accidental.[35] De acuerdo con el documento, la citación para la primera reunión estaba fechada para el 25 de octubre de 2016.

Informe para primer debate en Senado

El 5 de diciembre de 2016, se presentó informe para primer debate en Senado para el proyecto de ley. El documento fue firmado por Édinson Delgado Ruiz, Eduardo Pulgar Daza, Antonio José Correa Jiménez, Honorio Henríquez Pinedo así como Mauricio Delgado Martínez y el texto propuesto no fue el mismo que aprobó la Cámara. El informe se publicó en la Gaceta Nro. 1106 del 7 de diciembre de 2016.[36]

Mediante oficio HSJACS-0636-16 del 12 de diciembre de 2016, el senador Jesús Alberto Castilla Salazar le manifestó al Secretario de la Comisión Séptima la adhesión a la ponencia publicada en la Gaceta Nro. 1106 de 2016, relativa al Proyecto de Ley 170 de 2016 Senado y Nro. 062 de 2015 Cámara.[37]

Discusión y votación en primer debate

La votación y discusión del Proyecto de Ley Nro. 170 de 2016 Senado y Nro. 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Nro. 008 de 2015 Cámara en la Comisión Séptima del Senado de la República se adelantó en sesión desarrollada el 14 de diciembre de 2016, según consta en Acta Nro. 27 de 2016.[38] En el acta consta que las votaciones de (i) la proposición con que termina el informe de ponencia, (ii) la que se hizo en bloque del articulado, (iii) del título del proyecto y (iv) para que pase a segundo debate, contaron con el apoyo de 9 senadores.[39]

Texto Aprobado en la Comisión Séptima

El texto aprobado fue publicado en la Gaceta del Congreso Nro. 69 del 14 de febrero de 2017.[40]

Informe para segundo debate en Senado

El 19 de abril de 2017 se presentó informe para segundo debate en Senado para el proyecto de ley. El documento fue firmado por Édinson Delgado Ruiz, Eduardo Enrique Pulgar Daza, Antonio José Correa Jiménez, Honorio Henríquez, Mauricio Delgado Martínez así como Jesús Alberto Castilla Salazar y se publicó en la Gaceta Nro. 1106 de 7 de diciembre de 2016.[41]

Anuncio para discusión y votación en segundo debate

El anuncio para la votación del Proyecto de Ley Nro. 170 de 2016 Senado y Nro. 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Nro. 008 de 2015 Cámara, se llevó a cabo en la sesión del 23 de mayo de 2017 de lo que existe constancia en el Acta Nro. 76 de 2017.

En sesión del 24 de mayo de 2017 se consideró y aprobó la ponencia para segundo debate y el título del proyecto de ley. El resultado de las votaciones consta en el Acta Nro. 77 de la

misma fecha.[42]

Remisión del expediente legislativo a la Cámara

A través de oficio SLE-CS-265-2017 del 30 de mayo de 2017, el presidente del Senado Óscar Mauricio Lizcano Arango, remitió el expediente del proyecto de ley al presidente de la Cámara de Representantes.[43]

3. Trámite de conciliación

En informe de Conciliación se dirigió a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, los integrantes de la comisión accidental de Conciliación sometieron “a consideración de las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de representantes, para continuar con [el] trámite correspondiente, el texto conciliado del proyecto de ley indicado”.

Texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes

Texto aprobado en la plenaria del Senado de la República

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 Congreso de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

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 Congreso de Colombia

DECRETA:

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

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional cuando aquella pensión no represente más de cuatro (4) salarios mínimos mensuales vigentes, caso en el cual continuará aportando el 12%.

Lo anterior sin perjuicio de las disposiciones favorables que resulten aplicables al pensionado docente en virtud del régimen pensional que lo cobija.

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

En el texto del informe se lee que los conciliadores después de un análisis decidieron “acoger el título y el texto aprobado por la Honorable Cámara de representantes que recoge en su integridad lo aprobado por el Senado de la República”. [44]

Votación del informe de conciliación en la Cámara de Representantes

Votación del informe de conciliación en el Senado de la República

En sesión plenaria del 7 de junio de 2017 se consideró y aprobó el informe de la comisión de conciliación. El resultado de la votación consta en el Acta Nro. 82 publicada en la Gaceta del

Congreso 1020 de 2017,[47] previo anuncio en sesión plenaria el día 6 de junio de 2017 tal como se registró en el Acta Nro. 81.

Inicialmente, en sesión plenaria del Senado de la República del 7 de junio de 2017, el coordinador de conciliación, Édinson Delgado, expuso que la comisión accidental de conciliación había acogido el título y el texto aprobado por la Cámara de Representantes “que define claramente que el aporte en salud de los pensionados se bajará del 12 al 4% sin distinción alguno de rango de pensión”.

Mediante votación ordinaria se aprobó el informe de conciliación presentado y en la Gaceta del Congreso 1020 de 2017, en la que se publicó el Acta de plenaria 82 de la sesión ordinaria del día miércoles 7 de Junio de 2017, consta el registro de asistencia con 97 Senadores presentes y 4 que no asistieron con excusa.

No obstante, algunos parlamentarios solicitaron la reapertura del debate por las implicaciones económicas y por la posible existencia de impedimentos de algunos senadores al aprobar el informe de conciliación que cogió el título y el texto aprobado por la Cámara de Representante, a través del cual se disminuiría el aporte en salud de todos los pensionados del 12 al 4%.

Sin perjuicio de lo anterior, en plenarias del 13 y 15 de junio de 2017 se discutió la reapertura del debate y en plenaria del 20 de junio de 2017, el presidente del Senado de la República anunció que se llevó a cabo una reunión con voceros de los partidos, quienes revisaron el proceso de aprobación del informe de conciliación y se sometió nuevamente a consideración.

En la misma sesión, el senador Édinson Delgado aseveró que lo procedente no era la reapertura del debate sino la ratificación de lo decidido el 7 de junio de 2017. Posteriormente, la Presidencia sometió a consideración de la plenaria el informe de conciliación al Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara. Cerrada la votación y discusión, mediante votación nominal, 60 Senadores aprobaron el informe y no existieron votos en contra.

3.2.2 Creación de un beneficio tributario sin aval del Gobierno Nacional, violación del

artículo 154 de la Constitución Política.

En razón a que la iniciativa legislativa resulta ser uno de los primeros requisitos que todo proyecto de ley debe cumplir, se procederá hacer, en primer lugar, un análisis del cargo referido al desconocimiento del artículo 154 de la Constitución Política.

La objeción gubernamental refiere que el proyecto de ley 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara acumulado con el 008 de 2015 Cámara “por el 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.

En concepto del ejecutivo, 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. Por lo anterior, teniendo en cuenta 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.

Explica que durante el trámite del proyecto, el ejecutivo manifestó su oposición a la iniciativa. Así, (i) el Ministerio de Trabajo consideró que el proyecto de Ley no incluía el análisis respecto al impacto fiscal que la disminución del porcentaje del aporte tendría sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal forma que se podía comprometer la sostenibilidad financiera del sistema y que debían establecerse los cambios de forma progresiva, razón por la cual solicitaba su archivo y (ii) 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 el archivo de la iniciativa, considerando que la disminución de los recursos era vertiginosa y comprometía seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social en salud.

Frente a dicha objeción, el Congreso consideró que el presente proyecto de ley no requiere iniciativa exclusiva del Gobierno por cuanto no se trata de una exención tributaria sino de una reducción de la tarifa, situación que a su parecer, no requiere de una iniciativa gubernamental exclusiva.

En segundo lugar, el Congreso aduce que la falta de iniciativa puede ser suplida con un consentimiento probado del Gobierno dentro del trámite legislativo. Recuerda que no es necesaria ninguna formalidad y que debe presentarse antes de la aprobación en plenarios.

Para el legislativo, para los efectos de esta iniciativa, el aval debe ser expedido por el Presidente de la República o el ministro del ramo correspondiente. Desde esta perspectiva, el Ministerio de Trabajo es el ministro quien para este tema constituye Gobierno y por lo tanto, tiene la posibilidad de presentar o no el aval del proyecto en cuestión. Aduce que el Ministerio de Trabajo se pronunció de manera favorable a la aprobación de la reducción del cobro hecho a los pensionados sugiriendo alguna modificaciones, en el Concepto Jurídico número 2000000-190570.

De igual manera, afirma que fue el propio Presidente de la República quien avaló el proyecto de ley en la alocución de fecha 6 de junio de 2014 en un evento con pensionados del país antes de la segunda vuelta de elecciones presidenciales.

Por su parte, la Vista Fiscal indicó que no se está en presencia de una exención tributaria razón por la cual no se requería iniciativa gubernamental ni su aval posterior. En los mismos términos del Congreso, consideró que el caso de estimarse que se requería aval, el mismo fue dado por el Presidente de la República en la alocución presidencial de fecha 6 de junio de 2014 en el evento con pensionados del país antes de la segunda vuelta de elecciones presidenciales.

(i) La iniciativa legislativa reservada

La Constitución Política otorga al Congreso la cláusula general de competencia legislativa (art. 150) y establece el procedimiento a seguir para tramitar, aprobar y sancionar las leyes. Dentro de éste, todo ordenamiento constitucional establece qué sujetos se encuentran habilitados para la presentación de proyectos que luego se convertirán en mandatos legislativos. En este orden, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la iniciativa legislativa no es otra cosa que “la facultad atribuida a diferentes actores políticos y sociales para concurrir a presentar proyectos de ley ante el Congreso, con el fin de que éste proceda a darles el respectivo trámite de aprobación. Por eso, cuando la Constitución define las reglas de la iniciativa, está indicando la forma como es posible comenzar

válidamente el estudio de un proyecto y la manera como éste, previo el cumplimiento del procedimiento fijado en la Constitución y las leyes, se va a convertir en una ley de la República.”[48]

Los artículos 154 y 155 de la Constitución Política señalan que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras, a propuesta: a) de sus miembros; b) del Gobierno Nacional; c) por iniciativa popular en los casos previstos en la Carta Política, y d) por la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República, en cuanto se refieran a asuntos relacionados con materias relativas a las funciones que les compete cumplir.

No obstante lo anterior, en la Carta Política se consagran materias de iniciativa exclusiva de ciertos sujetos, dentro de las que se encuentra la iniciativa reservada gubernamental. Así, se ha mantenido la regulación contenida en la Constitución de 1886 luego de la reforma constitucional de 1968, en el sentido de hacer armónicas las competencias propias del Presidente de la República con las del Congreso, para evitar que la simple voluntad legislativa unilateral pueda interferir en el correcto ejercicio de sus funciones.

En este orden, el artículo 154 dispone que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo e inversiones públicas (artículo 150-3 CP.); las que determinan la estructura de la administración nacional, la creación, supresión o fusión de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; las que creen o autoricen la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (artículo 150-7 CP.); las que concedan autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (artículo 150-9 CP.); las que establezcan rentas nacionales y fijen los gastos de la administración (artículo 150-11 CP.); las que organicen el crédito público (artículo 150-19, literal a) CP.); las que regulen el comercio exterior y el régimen de cambios internacionales (artículo 150-19 literal b) CP.); las que fijen el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública (artículo 150-19 literal e) CP.); las relacionados con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva (artículo 150-22 CP.); las que ordenen

participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales y comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales (art. 154 inciso 2o. CP.).

En relación con esta última categoría, es decir las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, desde sus inicios en la Sentencia C-040 de 1993[49], esta Corporación ha señalado en que en virtud del principio de legalidad del tributo corresponde al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.[50]

Nuevamente, en la Sentencia C-188 de 1998 la Corporación reiteró que “en relación con los tributos nacionales establecidos, es el Congreso el ente facultado por la Constitución para contemplar exenciones, siempre que lo haga por iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P.). A él corresponde, entonces, con base en la política tributaria que traza, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertos tipos de personas, entidades o sectores del pago de los impuestos, tasas y contribuciones que consagra, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos, o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten la exención:[51]

En este orden, la Corporación ha estudiado las consecuencias de la falta de iniciativa gubernamental de las leyes que decretan exenciones tributarias.

En la Sentencia C-1707 de 2000[52], la Presidencia de la República objetó un proyecto de Ley que exoneraba a un sector de los pensionados -los que recibían hasta 2 salarios mínimos mensuales- del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, por desconocer el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución que le otorga al Gobierno Nacional, en forma privativa, la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. A su juicio, partiendo del supuesto de que los aportes a la seguridad social -cuotas moderadoras y copagos- constituían, según la jurisprudencia constitucional, contribuciones parafiscales, el ejecutivo consideró que el proyecto de ley requería de la iniciativa gubernamental. En el referido proceso, el proyecto se había originado en el

Senado de la República sin que mediara consentimiento por parte del Ejecutivo.

La Corte encontró que en el trámite legislativo ordinario impartido al proyecto de ley, el Congreso incurrió en un vicio de procedimiento. Lo anterior por cuanto por razón del contenido material de sus normas, relativo a la creación de una exención tributaria en beneficio de cierto sector de la población pensionada -los que recibían hasta 2 salarios mínimos-, el citado proyecto debió tramitarse por iniciativa del Gobierno Nacional o, en su defecto, con su previa autorización o coadyuvancia, circunstancias que fueron ignoradas en ese caso por el legislador ordinario.

Expresamente señaló “si de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las cuotas moderadoras, los copagos y, en general, todos los aportes y recursos que se allegan al Sistema de Seguridad Social Integral, revisten el carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica, impuestas por el Estado en virtud del principio constitucional de la soberanía fiscal, fuerza es concluir que el proyecto de ley objetado no sólo desconoció el artículo 154 de la Constitución Nacional en lo que toca con la reserva gubernamental para iniciar el trámite de las leyes que “decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”, sino también, por la circunstancia específica de haber comenzado el estudio del proyecto en el Senado de República, a pesar de que el mismo precepto constitucional exige que “Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes[53].”

En esta misma línea se encuentra la sentencia C-840 de 2003[54], en donde se analizó el cargo referido a la iniciativa reservada para presentar proyectos de ley en relación con las materias que ordenan participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas y las que decretan contribuciones o exenciones tributarias. Allí se reiteró que de conformidad con la Constitución, la iniciativa legislativa es la facultad atribuida a diferentes actores políticos y sociales para que concurran a la presentación de proyectos de ley ante el Congreso de la República con el fin de que éste les imparta el trámite constitucional y reglamentario correspondiente. En tal sentido, el Gobierno Nacional cuenta con iniciativa legislativa en todas las materias y exclusiva en los asuntos que aparecen relacionados en el segundo inciso del artículo 154 superior. En el caso concreto se consideró que no se estaba en presencia de una contribución parafiscal razón por la cual no se presentaba una iniciativa reservada.[55]

En la sentencia C-508 de 2006[56], al estudiar la constitucionalidad de una norma que establecía la excepción de pago de una tasa a ciertos sujetos, la Corte destacó que la potestad impositiva del Estado ha sido confiada a los órganos plurales de representación política, y en especial, al Congreso de la República. Este ejerce su potestad según la política tributaria que estime más adecuada para alcanzar los fines del Estado. Por eso, dicha potestad ha sido calificada por la Corte como “poder suficiente”, ya que es “bastante amplia y discrecional”. Incluso, la Corte ha dicho que es “la más amplia discrecionalidad”. Aplicando estos criterios al campo de las exenciones tributarias, la Corte ha señalado: “Si el Congreso tiene autoridad suficiente para establecer impuestos, tasas y contribuciones, señalando los hechos en que se fundamenta su obligatoriedad, las bases para su cálculo, los sujetos contribuyentes, los sujetos activos y las tarifas aplicables, es natural que goce del poder suficiente para consagrar exenciones y otras modalidades de trato a los contribuyentes, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva, siempre a partir de la iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P (Subrayado fuera del texto)[57].

En la referida providencia -C-838 de 2008- la Corporación reitera el carácter parafiscal de la cotización en seguridad social concluyendo así que “Desde este punto de vista, por lo menos en lo que a la mencionada exención tributaria se refiere, el proyecto de ley era a 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. Ciertamente, 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.”. Fue por esta misma razón entonces que la Corporación declaró infundadas las objeciones al considerar que el proyecto de ley había sido presentado por el Ministro de Hacienda y la modificación del proyecto no había cambiado su espíritu.

Nuevamente, en la Sentencia C-397 de 2011[59] se indicó que en materia de exclusiones y demás beneficios tributarios esta Corporación ha señalado que el Congreso puede decretar las que encuentre convenientes bajo la condición de que la iniciativa provenga del Gobierno (art. 154 C.P.) y no podrá concederlas en relación con los tributos de propiedad de las

entidades territoriales (art. 294 C.P.). Adicionalmente, la exclusión que el legislador haga respecto de la carga tributaria no es de por sí inconstitucional siempre que para ello exista una razón válida para el trato diferencial[60]. Esta misma regla ha sido reiterada en las Sentencias C-1023 de 2012[61], C-465 de 2014[62], C-602 de 2015[63] y C- 633 de 2016,[64] entre otras.

Se concluye entonces que en virtud del principio de legalidad del tributo corresponde al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

No obstante, tal y como se desarrollará a continuación, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley. Ha dicho la Corte que de conformidad con el espíritu del artículo 154 Superior, el cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, es posible que se presente un aval gubernamental posterior al acto de presentación del proyecto. Ello constituye además un desarrollo del mandato previsto en el párrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso, que establece que “el Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando la circunstancia lo justifique”, y que “La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarios”

(ii) El aval gubernamental de los proyectos propios de su iniciativa

Al estudiar la jurisprudencia sobre la posibilidad de admitir el aval gubernamental en materias cuya iniciativa se encuentra reservada al ejecutivo, se concluye que tal aval debe contar con unos requisitos para ser considerado una forma de subsanación de la falta de iniciativa gubernamental en cumplimiento del artículo 154 superior. A continuación se refieren algunas de estas decisiones, con el fin de extraer las reglas establecidas por la jurisprudencia

En la Sentencia C-1707 de 2000[65], al examinar las objeciones presidenciales presentadas respecto del proyecto de ley 26/98 Senado - 207/99 Cámara, el Congreso de la República

había procedido a adicionar el contenido material del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de exonerar a los pensionados que recibían hasta dos salarios mínimos mensuales, del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder a la prestación de los servicios de salud dentro del Sistema de Seguridad Social. El Gobierno Nacional objetó la constitucionalidad del citado proyecto, por considerar que su objeto era la creación de una exención al pago de una contribución parafiscal que debía haberse tramitado a iniciativa del Gobierno, tal como lo exigía el artículo 154 de la Carta Política.

La Corte en esta ocasión explicó la naturaleza del aval gubernamental dado a (i) los proyectos de ley correspondientes a la iniciativa ejecutiva exclusiva, cuando los mismos no hayan sido presentados por el Gobierno, o (ii) a las modificaciones que a los proyectos de iniciativa legislativa privativa del ejecutivo introduzca el Congreso de la República durante el trámite parlamentario. Al respecto, sostuvo que dicho aval en ambos casos era una forma de ejercicio de la iniciativa legislativa gubernamental. Sobre el particular señaló:

“...la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio pareciera indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario. Entonces, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2º del artículo 154 de la Constitución Política. A este respecto, y entendido como un desarrollo del mandato previsto en la norma antes citada, el parágrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso, es claro en señalar que: “el Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando la circunstancia lo justifique”, y que “La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarias” (Negrillas fuera del original)

En la Sentencia C-807 de 2001, la Corte reflexionó nuevamente sobre la posibilidad de introducir modificaciones a un proyecto de ley correspondiente a la iniciativa privativa del Ejecutivo, encontrando que si bien dicha posibilidad se ajustaba a la Carta, al respecto existían ciertas restricciones constitucionales que impedían “adicionar nuevas materias o contenidos”; no obstante, dichas adiciones podían ser objeto del aval gubernamental, que las convalidaba.

“La Corte, a partir de la consideración integral de los conceptos de iniciativa legislativa y debate parlamentario, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 142 del Reglamento del Congreso, ha afirmado la posibilidad de convalidar el trámite de un proyecto de ley, que siendo de iniciativa privativa del Gobierno, haya tenido un origen distinto.”[66]

Reiterando los criterios sentados en torno a la naturaleza jurídica del aval gubernamental dado a proyectos de asuntos de iniciativa privativa del ejecutivo, en la Sentencia C-121 de 2003, la Corte recordó que la iniciativa legislativa en cabeza del Gobierno Nacional no consiste únicamente en la presentación inicial de propuestas ante el Congreso de la República en los asuntos enunciados en el artículo 154 de la Carta, sino que también comprende la expresión del consentimiento o aquiescencia que el Ejecutivo imparte a los proyectos que, en relación con esas mismas materias, se estén tramitando en el órgano legislativo.

“Es de recordar que para esta Corporación ni la Constitución ni la ley exigen que el Presidente, como suprema autoridad administrativa y jefe del gobierno, presente directamente al Congreso ni suscriba los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, pues como lo disponen en forma expresa los artículos 200 y 208 de la Carta Política, el Gobierno, encabezado por el Presidente de la República, en relación con el Congreso, concurre a la formación de las leyes presentando proyectos “por intermedio de los ministros”, quienes además son sus voceros.”

Pero debe tenerse en cuenta que el aval que da el Gobierno a los proyectos que cursan el Congreso no puede provenir de cualquier ministro por el sólo hecho de serlo, sino solo de aquél cuya dependencia tenga alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley. Además es necesario que la coadyuvancia se manifieste oportunamente, es decir, antes de su aprobación en las plenarias, y que sea presentada por el ministro o por quien haga sus

veces ante la célula legislativa donde se esté tramitando el proyecto de ley.[67]”

En la Sentencia C-370 de 2004, la Corte insistió en la necesidad de que exista un aval gubernamental que convalide aquellas iniciativas congresuales o modificaciones introducidas por las cámaras a proyectos de ley en curso cuando decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. No obstante, aclaró que dicho aval no exigía ser presentado por escrito.

“... la Corte recuerda que de acuerdo con el segundo inciso del artículo 154 superior “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.”

En este sentido es claro que las disposiciones contenidas en la Ley 818 de 2003 referentes a exenciones tributarias debían contar con la iniciativa del Gobierno para poder ser aprobadas por el Congreso de la República.

Empero, como lo ha explicado la Corte, el requisito señalado en el segundo inciso del artículo 154 superior no necesariamente debía cumplirse mediante la presentación por parte del gobierno del proyecto o de las proposiciones tendientes a modificarlo sino que bastaba la manifestación de su aval a las mismas durante el trámite del proyecto[68].

Ello fue reiterado en las Sentencias C-889 de 2006[69], C-177 de 2007[70] y C-838 de 2008[71]. En dichas providencias la Corte hizo un estudio exhaustivo de la exigencia de iniciativa legislativa privativa ejecutiva que constitucionalmente se exige en ciertos temas, y de la posibilidad que tiene el Congreso de introducir modificaciones a los proyectos de ley propuestos por el Gobierno que correspondan a esos temas.

Recordó que cuando en un proyecto que trata de una materia de iniciativa reservada, presentado originalmente por el Gobierno ante el Congreso, se introducen modificaciones que tengan origen en las propuestas de los congresistas, el aval no siempre es indispensable. En efecto, en esta última situación se ha distinguido entre aquellas modificaciones que alteran sustancialmente la iniciativa gubernamental, caso en el cual

deben contar con el aval del Gobierno, de las adiciones, supresiones o modificaciones que no tienen tal alcance, las cuales no requieren aval.

Por último, señaló la Corte que las disposiciones que sean aprobadas por el Congreso de la República sin haber contado con la iniciativa del Gobierno o el aval suyo en las materias enunciadas por el inciso segundo del artículo 154 superior se encuentran viciadas de inconstitucionalidad y pueden, en consecuencia, ser retiradas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional bien dentro del trámite de la acción de inexecuibilidad ejercida dentro del año siguiente a la publicación del acto -ya que se trata de un vicio de forma-, o bien al ejercer el control previo de constitucionalidad por virtud de las objeciones presidenciales, si se llega a determinar el incumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 154 Superior.[72]”

Como requisitos de dicho aval, señalaron las providencias que (i) el consentimiento expresado para dar el aval gubernamental debe necesariamente haber sido expresado dentro del trámite legislativo. Dijo la providencia “La iniciativa gubernamental exclusiva no sólo se manifiesta en el momento de la presentación inicial del proyecto de ley por el Gobierno, sino que también se ejerce mediante el aval ejecutivo impartido a los proyectos en curso, relativos a las materias sobre las que recae tal iniciativa privilegiada”; (ii) puede ser expreso o tácito; (iii) no requiere ser presentado por escrito ni mediante fórmulas sacramentales; (iv) el aval no tiene que ser dado directamente por el Presidente de la República, pudiendo ser otorgado por el ministro titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto. Incluso la sola presencia en el debate parlamentario del ministro del ramo correspondiente, sin que conste su oposición a la iniciativa congresual en trámite, permite inferir el aval ejecutivo. La Corte ha aceptado que el aval sea otorgado por quien haga las veces del ministro correspondiente y (v) en cuanto a la oportunidad en la que debe manifestarse el aval, se tiene que éste debe manifestarse antes de la aprobación del proyecto en las plenarios. Sostuvo la sentencia C-838 de 2008:

“Requisitos de aval gubernamental. El consentimiento expresado para dar el aval gubernamental debe estar probado dentro del trámite legislativo, pero no requiere ser presentado por escrito ni mediante fórmulas sacramentales. El aval tampoco tiene que ser dado directamente por el Presidente de la República, pudiendo ser otorgado por el ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto.[73] Incluso la

sola presencia en el debate parlamentario del ministro del ramo correspondiente, sin que conste su oposición a la iniciativa congresual en trámite, permite inferir el aval ejecutivo.[74] Además, la Corte ha aceptado que el aval sea otorgado por quien haga las veces del ministro correspondiente.[75] En cuanto a la oportunidad en la que debe manifestarse el aval, se tiene que este debe manifestarse antes de la aprobación del proyecto en las plenarios.[76]

Se concluye que la iniciativa reservada, entendida como la atribución establecida constitucionalmente a ciertos sujetos en relación con determinadas materias, para la presentación de proyectos de ley ante el Congreso, no se circunscribe al acto formal de presentación, sino que puede entenderse cumplida en virtud de actuaciones posteriores dentro del trámite parlamentario. En este orden, resulta admisible un aval posterior, siempre y cuando se cumplan los requisitos desarrollados con anterioridad.

Así, la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación de la voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución Política. Pero al contrario, cuando ha existido una manifestación expresa del ejecutivo, oponiéndose al trámite del Proyecto no puede derivarse de ninguna manera un aval gubernamental.

(iii) La convalidación de vicios en el proceso legislativo

Frente a la convalidación de vicios de trámite legislativo, ha precisado la Corte que, en primer término, es claro que no toda vulneración de una regla sobre la formación de las leyes, contenida en la Constitución o en el Reglamento del Congreso, acarrea la invalidez de la ley y su declaración de inconstitucionalidad. En ciertos casos, puede tratarse de una irregularidad irrelevante, en la medida en que no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta. En tales casos, esa irregularidad, en sentido estricto, no configura un verdadero vicio en la formación de la ley, tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia[81].

De conformidad con lo que establecen el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, y el

artículo 45º del Decreto 2067 de 1992, la Corte ha señalado que al estudiar la gravedad de la irregularidad ocurrida en el trámite legislativo debe examinar “(i) si ese defecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley; (ii) en caso de que la irregularidad represente un vicio, debe la Corte estudiar si existió o no una convalidación del mencionado vicio durante el trámite mismo de la ley; (iii) si el vicio no fue convalidado, debe la Corte analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al Presidente para que subsanen el defecto observado; y (iv) si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, de conformidad con los lineamientos arriba trazados, y respetando siempre el principio de razonabilidad”. [82]

De manera general, tal como lo ha señalado esta Corporación, sólo es posible subsanar vicios sobre la base de un procedimiento que efectivamente se ha llevado a cabo, o cuando para su corrección no es necesario rehacer el trámite legislativo en su totalidad, o cuando la oportunidad para su corrección aún no ha vencido. Así, ciertos vicios pueden ser subsanados en la medida 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[83].

Para determinar en qué eventos resulta subsanable un vicio, y cuándo exige la declaratoria de inexecutable de la Ley dentro de parámetros de razonabilidad, la Corte ha establecido los siguientes criterios: (i) si se han cumplido las etapas básicas o estructurales del proceso, tomando en cuenta que la subsanación no puede comprenderse como la repetición de todo un procedimiento; (ii) el contexto dentro del cual se presentó el vicio debe ser analizado para determinar su gravedad y trascendencia en la formación de la voluntad legislativa; (iii) la posible afectación de los derechos de las minorías parlamentarias, así como la intensidad de esta son aspectos determinante para la determinación de un vicio de procedimiento; todo lo anterior, (iv) debe estudiarse tomando en consideración el tipo de ley de que se trata y su evolución a lo largo del debate parlamentario.[84]

En cuanto a la razonabilidad del saneamiento del vicio, la Corporación ha sentado parámetros amplios de evaluación, unidos a la imposibilidad de asumir la repetición de una etapa estructural del trámite como un procedimiento de subsanación, y de otra parte, ha destacado la importancia de preservar al máximo la posibilidad de subsanación, como

manifestación de los principios democrático y de conservación del derecho[85].

3.2.2.1. Análisis de la objeción

(i) Naturaleza jurídica del contenido del proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”

El artículo 1 del proyecto de Ley objetado dispone una modificación del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, disminuyendo la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados del 12 % al 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se haría efectiva desde el 1 de enero de 2017.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las cotizaciones en salud, la Corte ha sido constante en afirmar que se trata de rentas parafiscales que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado.

Así, desde la sentencia SU-480 de 1997[86], al revisar los fallos de tutela dictados con ocasión de varias solicitudes de amparo de afiliados al sistema, a quienes distintas EPS negaban varios medicamentos y procedimientos por no estar en el POS, la Sala Plena hizo un examen de la estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: (i) los recursos que las EPS reciben -recaudan- por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los recursos propios de las EPS; para estos efectos, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos; (ii) para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la ley 100; (iii) la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS; (iv) no obstante, las EPS tienen derecho a una legítima ganancia.

En la sentencia C-828 de 2001, al abordar una demanda contra el artículo 1º la Ley 633 de 2000 por gravar con el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) todas las transacciones entre EPS e IPS, incluidos los pagos de los servicios del POS, la Corte sostuvo

que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF, so pena de violar el artículo 48 de la Constitución[87].

Nuevamente, la providencia C-800 de 2003[88] expresó que la obligación del empleador de descontar del salario el aporte del trabajador y pagar los aportes a la entidad libremente escogida por el empleado, implica el pago de una contribución parafiscal, y por tanto, la obligación del empleador es de orden público.

En la sentencia C-549 de 2004, con ocasión de una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y la totalidad del Decreto 1750 de 2003, la Corte reiteró que “las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se erigen como contribuciones parafiscales” “(...) pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. En consecuencia -continuó-, las cotizaciones no son recursos propios de las EPS “(...) sino dineros públicos que deben destinarse a la prestación del servicio público de salud[89]”. Esta postura fue nuevamente reiterada en la Sentencia C- 809 de 2007[90].

En la Sentencia C-895 del 2009[91], la Corte Constitucional indicó que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica porque constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones. Además, 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 y en pensiones. La anterior afirmación ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 690 de 2000[92], T-690 de 2000[93],, T-696 de 2000[94], T- 1022 de 2000,[95] T-831 de 2000[96], T-1679 de 2000[97], C-363 de 2001[98],, C-828 de 2001[99], C-792 de 2001[100], C-655 de 2003[101], C-349 de 2004[102], C-1000 de 2007[103], C-828 de 2008[104] C-430 de 2009[105], C-262 de 2013[106], C-289 de 2014[107] C-422 de 2016[108] y SU-589 de 2016,, entre otras.

De igual manera, si los aportes para la salud son contribuciones parafiscales, la disminución del porcentaje de los aportes a salud, constituye una exención de una contribución, que se

encuentra sometida al artículo 154 Superior.

Sobre el particular, a diferencia de lo sostenido por el órgano legislativo y por el Ministerio Público, la Corte Constitucional ha considerado que el concepto de exención no sólo abarca la eliminación total del tributo sino también la disminución de la tarifa.

Cabe recordar que la Corte Constitucional ha retomado el concepto del Consejo de Estado sobre exención tributaria. Para el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, la exención es una norma de carácter excepcional y legal que excluye “determinados actos o personas que normalmente estarían gravados”[109]. En otras palabras, para la Corte una exención es un beneficio fiscal, gracias al que no se producen consecuencias –o estas ocurren de manera parcial- ante la ocurrencia de un hecho generador[110].

Por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional, no le asiste razón a quienes defienden la constitucionalidad del proyecto cuando afirman que una reducción no es una exención. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración legislativa, establezca exenciones parciales dentro de los parámetros constitucionales[111]. Así, en Sentencia C-1060A de 2001 la Corporación dijo expresamente:

Es decir, la configuración normativa de las exclusiones totales o parciales al deber de contribuir también debe respetar criterios de justicia, con el fin de diseñar un régimen tributario general, solidario y progresivo (...) las exenciones admisibles corresponden a ciertos hechos en los cuales no se hace exigible el gravamen, o se valora la capacidad contributiva relacionada con el hecho generador como merecedora de una protección especial que la libera total o parcialmente, de tributación” (Negritas fuera del texto original).

De igual manera, esta Corporación ha señalado con claridad que la disminución de la tarifa de un tributo se encuentra dentro de la categoría de exención. Así en la Sentencia C-748 de 2009 dijo expresamente:

Concretamente, a través de las exenciones tributarias, el legislador impide 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, éste se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal[112], mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria, de manera que consulte los atributos concretos del sujeto gravado o de la actividad sobre la que recae la obligación tributaria, siempre con sujeción a criterios razonables y de equidad fiscal[113].
(Subrayado fuera del texto)

En iguales términos dijo la Sentencia C-657 de 2015[114] “las exenciones tienen lugar cuando una norma exonera del tributo determinados actos o personas que normalmente estarían gravados; es decir, cuando habiéndose presentado el hecho generador, la ley estipula que no se producirán sus consecuencias o ello ocurrirá solo de forma parcial.” Los criterios anteriormente establecidos fueron reiterados en las sentencias C-260 de 2015[115] y C-209 de 2016[116].

De igual manera, tal y como se desarrolló en la parte motiva, la Corte Constitucional ha tomado esta postura de manera uniforme y constante en relación con considerar que es una exención tributaria, la disminución de aportes a salud. En este orden, le ha aplicado la restricción contenida en el artículo 154 superior referida a que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Específicamente este precedente se encuentra contenido en las sentencias C-1707 de 2000, C-1000 de 2007 y C-838 de 2008, tal y como se explicó en la parte motiva de esta providencia. En la primera de ellas, el ejecutivo objetó un proyecto de Ley que exoneraba a los pensionados que recibían hasta 2 salarios mínimos mensuales, del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, por desconocer el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución que le otorga al Gobierno Nacional, en forma privativa, la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

En la Sentencia C-1000 de 2007 un ciudadano demandó la constitucionalidad del porcentaje de cotización en salud que había sido dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007[117], y que al igual de la norma ahora objetada, modificaba el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Para el ciudadano, el incremento del 0,5 dispuesto por la norma no debía

ser aplicado a los pensionados.

En la Sentencia C-838 de 2008[118] el Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, presentó un proyecto de ley a consideración del Congreso; no obstante, lo que se pretendía con dicha iniciativa ejecutiva no vino a corresponder con lo que finalmente fue aprobado por el Congreso de la República.

Es decir, a juicio del Gobierno, la versión aprobada del Proyecto de ley número 026 de 2007 Senado, 121 de 2007 Cámara, no contó con su aval. En este orden, el proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional proponía redistribuir el impacto que se generó con el incremento en 0.5 puntos de la cotización para salud ordenado por la Ley 1122 de 2007 sobre los ingresos de los pensionados. La fórmula presentada reducía el impacto del incremento establecido por la Ley 1122 de 2007 para algunos pensionados, los dejaba igual para otros y los incrementaba para los restantes. No obstante, en el trámite parlamentario se extendió tal beneficio a todos los pensionados. La objeción se refería a la falta de la iniciativa privativa reservada.

En todos estos pronunciamientos la Corte encontró que las cuotas moderadoras, los copago, las cotizaciones y, en general, todos los aportes y recursos que se allegan al Sistema de Seguridad Social Integral, revisten el carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica, y por tanto, su modificación está sometida a que el proyecto de ley radicado corresponda al Gobierno Nacional o cuente con su aval dentro del procedimiento legislativo, de conformidad con el artículo 154 de la Constitución.

Esto además responde a la andamiaje constitucional sobre el manejo de las finanzas públicas establecidas en la Carta Política de 1991 en la medida en que permite hacer armónicas las competencias propias del Presidente de la República con las del Congreso. En efecto, este tipo de decisiones deben ser tomadas con la intervención de las dos ramas tanto por la experticia económica del ejecutivo, como por su función de dirección del tesoro y del presupuesto.

En relación con el proyecto de ley hoy objetado, se observa que el 4 de agosto de 2015, el representante a la Cámara Alejandro Carlos Chacón Camargo radicó el Proyecto de Ley Nro. 062 de 2015 Cámara “por el cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”. [119] El proyecto con su exposición de motivos se publicó en

la Gaceta del Congreso Nro. 579 de 2015 del 6 de agosto de la misma anualidad.[120]

En este orden de ideas, el proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados” no contó con la iniciativa gubernamental exigida en el artículo 154 Superior para los proyectos de ley que decreten exenciones de una contribución parafiscal.

De igual manera, la aprobación de este proyecto de ley con su consecuente desfinanciación del sistema de seguridad social en salud implicaba, de contera, una afectación a las rentas nacionales, que de igual manera exigía la iniciativa del gobierno o su aval, de conformidad con el numeral 11 del artículo 150 constitucional. Así, ante la falta de recursos para la prestación del servicio de salud, el Gobierno se vería obligado a afectar las rentas nacionales, para garantizar su continuidad. En este orden, el artículo 154 superior también dispone una iniciativa reservada en relación con esta materia. Las dos normas consagran

ARTICULO 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.

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

Pasa ahora a analizarse si pese a que el proyecto de ley no fue de iniciativa gubernamental, puede inferirse un aval tácito o expreso dentro del procedimiento legislativo.

(ii) Análisis de la posibilidad de un aval gubernamental

Como se dijo en forma precedente, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley. Ha dicho la Corte que de conformidad con el espíritu del artículo 154 Superior, el cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, es posible que se presente un aval gubernamental posterior al acto de presentación del proyecto.

Como requisitos de dicho aval ha dicho la Corporación que (i) el consentimiento expresado para dar el aval gubernamental debe necesariamente haber sido expresado dentro del trámite legislativo, (ii) puede ser expreso o tácito (iii) no requiere ser presentado por escrito ni mediante fórmulas sacramentales, (iv) el aval no tiene que ser dado directamente por el Presidente de la República, pudiendo ser otorgado por el ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto, incluso la sola presencia en el debate parlamentario del ministro del ramo correspondiente, sin que conste su oposición a la iniciativa congresual en trámite, permite inferir el aval ejecutivo; y (v) en cuanto a la oportunidad en la que debe manifestarse el aval, se tiene que éste debe expresarse antes de la aprobación del proyecto en las plenarias.

No obstante, ninguna de estas condiciones se presentó dentro del trámite del proyecto de ley objetada. Por el contrario, a diferencia de lo sostenido por el órgano legislativo durante el trámite del proyecto de ley tanto el Ministro de Hacienda y Crédito Público, como los ministros de Salud y de Trabajo presentaron su oposición al proyecto de ley. En la siguiente tabla se hace referencia a las fechas en las cuales presentaron su oposición y su petición de archivo:

Ministerio

Fecha

Concepto

Hacienda y Crédito Público

17 de septiembre de 2015

Se abstiene de emitir concepto favorable y solicita el archivo del proyecto

17 de septiembre de 2015

Se abstiene de emitir concepto favorable y solicita el archivo del proyecto

Ministerio del Trabajo

5 de octubre de 2015

Solicita evaluar distintos escenarios

Ministerio de Salud

Octubre 20 de 2015

Solicita archivo

Así, a diferencia de lo señalado en el escrito de insistencia, una lectura integral del concepto número 2000000-190570 emitido por el Ministerio de Trabajo al Proyecto de Ley No. 170 de 2016, Senado, 062 de 2015, Cámara, permite inferir su oposición a la iniciativa congresual. Por el contrario, solicita al Congreso adoptar otras fórmulas, que serán avaladas por el Ministerio, siempre y cuando tengan un soporte fiscal de largo plazo. Señalan las conclusiones del informe:

Como lo hemos venido señalando, 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.

Se debe tener en cuenta que actualmente se encuentran en trámite el Proyecto de ley número 033 de 2014 Senado, el cual fue aprobado en primer debate, que establece que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados con montos inferiores a los seis (6) smmlv será del 4% de la mesada pensional sobre el cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto desfavorable y solicitó su archivo, por no ajustarse al marco constitucional y legal al no definir la forma en la que se compensarán recursos por monto de 2.2 billones de pesos que se dejarían de percibir en el Sistema General de Seguridad Social en Salud al disminuirse el monto de la cotización del 12% al 4% para los pensionados que reciban menos de seis (6) smmlv de mesada pensional.

Este Ministerio propone al honorable Congreso de la República se evalúen distintos escenarios en donde se efectúe una disminución progresiva del aporte en salud de los pensionados de menores ingresos priorizando pensionados de un (1) smmlv, medida que cobijaría a 676.154 adultos mayores y evaluando disminuciones parciales del aporte de forma tal que sea sostenible fiscalmente. Una vez haya sido cobijada esta población de pensionados se puede proceder con los pensionados que reciben entre uno (1) y dos (2) smmlv, que son alrededor de 443.673 personas, de acuerdo a la capacidad fiscal que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determine siempre en observancia de las leyes fiscales y del principio de sostenibilidad fiscal.

De igual manera, el Ministro de Hacienda en varias oportunidades solicitó al Congreso el archivo del Proyecto. Así en la intervención del 17 de septiembre de 2015, contenida en la Gaceta 274 de 2016 expresó:

“La disminución del porcentaje de los aportes en salud de los pensionados que se propone en el proyecto generaría un desfinanciamiento estimado con base en la población pensionada al corte del año 2013, de \$2.6 billones anuales, cifra que actualizada con el crecimiento proyectado del número de pensionados para el año 2014 y el valor de sus mesadas pensionales, ascendería a cerca de \$3 billones anuales, cifra que en el mediano plazo aumentaría dado el crecimiento vegetativo de la población pensionada. Esta disminución pone más que en evidencia el impacto negativo que el proyecto tiene sobre la sostenibilidad financiera del sistema. La disminución de los recursos es vertiginosa y compromete seriamente la garantía constitucional al derecho a la seguridad social de la salud. Se generaría un desequilibrio que debería ser asumido por la Nación por el monto

anteriormente enunciado, recursos que no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

La propuesta pasa de un esquema constitucional avalado por el alto tribunal constitucional, a uno que quebranta el sistema y que no se acompasa con la Carta Política, pues incluye una medida regresiva que no prevé una fuente sustituta de recursos. Esta omisión infringe además las exigencias dispuestas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en el sentido de señalar la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de los costos fiscales de la iniciativa, la cual debe hacerse expresa en toda propuesta de ley. Por tal motivo, a fin de que la iniciativa se ajuste a la Constitución Política y la ley, es imperativo que señale la forma en que deberían ser compensados cerca de \$3 billones anuales que estaría dejando de percibir el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

Nuevamente, en la intervención contenida en la Gaceta 138 de 2016, reiteró lo anteriormente referido.

De igual manera, el 20 de octubre de 2015, el Ministro de Salud manifestó estar en contra del trámite de la iniciativa (Gaceta 273 de 2016), en los siguientes términos:

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

A su turno, es importante señalar que si se analizan ambos proyectos de ley, los mismos afectarían de forma negativa las finanzas del SGSSS, en la medida que este dejaría de recibir una suma anual de recursos, de gran impacto de acuerdo con la información

arrojada por la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) a 30 de marzo de 2015, así:

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

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se encuentra que por las razones expuestas de orden constitucional y de inconveniencia, no es viable y por tanto se solicita, respetuosamente su archivo.

Ahora bien, tanto el Congreso como el Procurador General de la Nación y algunos intervinientes consideran que el Presidente de la República en la alocución presidencial de fecha 6 de junio de 2014, en evento con pensionados del país antes de la segunda vuelta de elecciones presidenciales, dio su aval al proyecto.

Procede la Sala a analizar si tal intervención cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para ser considerada una forma válida de aval gubernamental.

El 6 de junio de 2014, el Presidente de la República en un evento con pensionados dijo: “Sé que un anhelo de todos los pensionados es que se reduzca la contribución a la salud, hay un proyecto de ley en el Congreso de la República y yo voy a apoyar ese proyecto”.

Sobre el punto, la Sala reitera que la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental.

No obstante, no cualquier manifestación puede ser considerada válida para que se considere supla el requisito constitucional de la iniciativa. En este orden, en la Sentencia C-932 de 2009[121] se dijo que dicho aval debe haber sido otorgado dentro del trámite parlamentario, sin que sea aceptable tener como aval, manifestaciones públicas fuera de él.

En dicha oportunidad se analizaron las objeciones gubernamentales en las que el Ejecutivo cuestionaba la constitucionalidad del Proyecto de Ley N° 030 de 2007 Cámara - N° 330 de 2008 Senado, por medio de la cual se ampliaba la vigencia de la Ley Quimbaya (Ley 608 de 2000), el cual contemplaba una exención en el impuesto de renta de personas jurídicas que se ubicaran en la jurisdicción de unas entidades territoriales afectadas por el terremoto de enero 25 de 1999, por desconocer la iniciativa privativa del Ejecutivo en relación con las exenciones tributaria. Dijo expresamente la providencia:

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, este proyecto de origen parlamentario tampoco recibió el aval del gobierno en cualquiera de las etapas posteriores del debate legislativo. Según el informe de objeciones, el gobierno manifestó su aquiescencia al proyecto en reuniones informales sostenidas en la Casa de Gobierno y en eventos públicos. No obstante, este tipo de manifestaciones informales, supuestamente ocurridas por fuera del debate parlamentario, no suplen el aval gubernamental que ha exigido la jurisprudencia.[122]

Por el contrario, existe evidencia de que el gobierno manifestó en distintas oportunidades su oposición al proyecto. Por ejemplo, en la comunicación del 13 de noviembre de 2007, el Ministro de Hacienda y Crédito Público manifestó su oposición al proyecto de ley de ampliación de la vigencia de la ley quimbaya.[123]

En este orden, en el escenario en que se aceptara un aval fuera del debate parlamentario, al confrontar la fecha de la manifestación del Presidente, ésta se produjo un año antes de la radicación del proyecto hoy objetado. Ello de por sí, implica una imposibilidad de haber avalado una iniciativa que para la fecha ni si quiera existía. En efecto, el proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados” fue radicado el 4 de agosto de 2015 por el representante a la Cámara Alejandro Carlos Chacón Camargo. El proyecto con su exposición de motivos se publicó en la Gaceta del Congreso Nro. 579 de 2015 del 6 de agosto de la misma anualidad.[124]

Cabe señalar que para el 6 de junio de 2014, fecha de intervención del Presidente de la República, se encontraba en curso un proyecto de ley distinto al ahora objetado, el número 183 de 2014, que había sido radicado por el representante a la Cámara Ángel Custodio

Cabrera Báez, el 7 de febrero de 2014, referido también a una modificación del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Este proyecto fue archivado.

Así mismo debe tenerse en consideración lo referido por el Ministro de Trabajo, en relación con el cambio de las condiciones económicas de caída de los precios del petróleo. En su concepto al Proyecto de Ley 170 de 2016 Senado, 062 de 2015, Cámara, señalaba que el ejecutivo inicialmente había apoyado la iniciativa contenida en el Proyecto de Ley 183 de 2014, pero la caída de los precios del petróleo implicaba una ausencia de fuentes de financiamiento, poniendo en grave riesgo los ingresos generados por el Sistema de Seguridad Social en Salud. Sostuvo la cartera del Trabajo:

El Presidente de la República inicialmente apoyó la iniciativa de modificar la tarifa sobre la cual cotizan los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, del 12% al 4% dado que generaría disminución de la brecha existente, entre el ingreso de los trabajadores y las mesadas pensionales equivalentes a 1 y 2 smmlv, dadas las condiciones de estabilidad macroeconómica por la que atravesaba el país aunado al precio del petróleo que así lo permitían, sin poner en riesgo la estabilidad del sistema y la prestación del servicio para los cerca de 20 millones de afiliados al régimen.

Recientemente se dio trámite del Proyecto de ley número 183 de 2014 (archivado por falta de trámite) que recogía esta iniciativa, el cual recibió el apoyo del Ministerio del Trabajo teniendo en cuenta el sentido social del mismo y el beneficio que generaría para los pensionados y sus familias en el marco del Estado Social de Derecho.

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

En el mismo sentido en el trámite del Proyecto de ley número 033 de 2014 Senado actualmente en curso, a través del cual se pretende establecer que la cotización mensual

de los pensionados con mesadas inferiores a 6 smmlv al régimen contributivo de salud sea del 4% el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto en el cual señala: Por lo tanto, es necesario que la iniciativa de ley se ajuste al marco constitucional y legal en materia fiscal, señalando la forma en que deberán ser compensados los recursos que por valor aproximado a más de \$2.2 billones anuales se estarían dejando de percibir en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Subrayado fuera del texto)

De todo lo anterior se concluye: (i) el contenido material del proyecto de ley objetado implica una exención a una contribución parafiscal y por tanto, sujeta a iniciativa reservada del Ejecutivo, (ii) el Proyecto de ley hoy estudiado no contó con la referida iniciativa ni con una aval gubernamental producido dentro del trámite legislativo, por el contrario se presentó una oposición permanente de los ministerios de Salud, Trabajo y Hacienda y Crédito Público.

Finalmente, en relación con la manifestación hecha por el Presidente de la República, ésta no puede ser considerada con un aval válido en términos de la jurisprudencia constitucional por cuanto: (i) se realizó fuera del debate parlamentario, (ii) se refería a un proyecto de ley distinto finalmente archivado en el Congreso, (iii) se produjo con anterioridad a la existencia del proyecto de ley objetado y (iv) se demostró un cambio en las condiciones económicas que permitían inferir la imposibilidad de hacer frente al impacto fiscal de la medida.

Por todo lo anterior, la objeción se encuentra llamada a prosperar.

Cabe señalar que esta sola circunstancia vicia la totalidad del proyecto por cuanto implica la violación del artículo 154 Superior. De igual manera, al viciar la totalidad del trámite no es posible predicar su subsanación.

En este punto, es pertinente destacar la necesidad del cumplimiento por parte del Congreso de la República de las disposiciones constitucionales con el fin de que la legislación adoptada cumpla de manera responsable con las expectativas que ésta pueda generar a la ciudadanía.

4. Decisión a adoptar

Así las cosas, con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, la Corte

encuentra que las objeciones gubernamentales presentadas son FUNDADAS por cuanto el Proyecto de ley no contó con la iniciativa o aval gubernamental exigido por el artículo 154 superior.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- DECLARAR FUNDADAS las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional en relación con el Proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”

Segundo.- En consecuencia, declarar INEXEQUIBLE el Proyecto de Ley “número 062 de 2015 Cámara- 170 de 2016 Senado, acumulado con el PL.N. 008 de 2015 Cámara “Por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RIOS

A LA SENTENCIA C-066/18

EXENCION DE TRIBUTO-La disminución del monto de la cotización mensual al régimen de salud a cargo de los pensionados no configura una exención tributaria

Referencia: Expediente OG-155

Asunto: Revisión Oficiosa de las Objeciones Presidenciales al proyecto de ley acumulado 062 y 08/2015 Cámara y 170/2016 Senado.

Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Disiento de la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-066 de 2018 en la cual se sostuvo que la disminución del monto de la cotización mensual al régimen de salud a cargo de los pensionados constituye exención a la contribución para dicho sistema de salud y, por tanto, requería de la iniciativa o aprobación presidencial para su trámite.

Mi inconformidad frente a la decisión de la mayoría radica, precisamente, en que considero

que dicha disminución no tiene la virtualidad de configurar una exención a esta contribución parafiscal, puesto que esta figura implicaría no solo una reducción porcentual de la carga de los pensionados, sino la completa exclusión del total o de parte de este grupo de personas de la obligación de contribuir para este sector.

En efecto, se ha sostenido doctrinariamente que[125] "... la exención en el pago de los tributos o contribuciones se define como aquella figura jurídico tributaria por virtud de la cual se elimina de la regla general de causación, ciertos hechos o situaciones gravables por razones de equidad, de conveniencia o de política económica."

La materia regulada en la norma que se estudió por la Sala no establece una exclusión en los mencionados términos sino, simplemente, una reducción del porcentaje en la cotización mensual al régimen contributivo de salud a cargo de los pensionados. No tiene, por ende, la magnitud para ser considerada exención a un tributo, por lo que no está involucrada en la hipótesis del inciso segundo del artículo 154 de la Constitución Política[126] y, por tanto, no requiere iniciativa ni aval gubernamental para su trámite y aprobación por parte del Congreso de la República.

Esta posición se reafirma si recordamos que corresponde al Congreso "... Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales..." (artículo 150 numeral 12 superior) sin aval del ejecutivo y, en tal sentido, con la misma razón puede modificar las tarifas aplicables a las mismas sin requerir tal autorización gubernamental, como lo hace el proyecto de ley.

En ello se coincide tanto con las manifestaciones del Congreso de la República y del Procurador General de la Nación durante el trámite del presente asunto, como con la propia posición de la Corte que así lo ha sostenido en sentencia C-430 de 2009, refiriéndose precisamente a la fijación del 12% de la cotización de salud a cargo de los pensionados, oportunidad en la que afirmó que "... Es lo que ocurre en el caso concreto, en el que se verifica una modificación "favorable" al sujeto pasivo de la contribución parafiscal en materia de salud, la cual si bien no constituye una exención porque no afecta la base gravable de la cotización -mesada pensional-, sí representa la minoración de la tarifa del tributo parafiscal, es decir, de la alícuota que al aplicarse a la base gravable señala el monto de la cotización obligatoria a cargo del pensionado." (negritas fuera del texto)

Adicionalmente, encuentro profundamente inequitativo que la cotización de quienes aún se hallan activos en el mercado laboral colombiano sea del 4%, en tanto que la de quienes ya han dejado de contar con dicha condición laboral favorable, deban asumir la totalidad del 12% de la misma. Esta situación era justamente la que pretendía corregir el proyecto de ley a que se alude, mediante debate que se surtió en democracia, buscando la realización plena del orden justo pregonado por el artículo 2º de nuestra Constitución Política.

En estos términos consigno mi salvamento de voto, con expresiones de respeto por las decisiones de la Sala Plena.

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] Sentencia C-087 de 2016

[2] Sentencia C-880 de 2013.

[3] Sentencia C-748 de 2009.

[4] Sentencia C-838 de 2008.

[5] Sentencia C-402 de 1998.

[6] Corte Constitucional. Sentencias C-290 de 2009 y C-398 de 2010.

[7] La Gaceta del Congreso 576 de 2017 en la que se publicó el texto de las Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley 062 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado, acumulado al 008 de 2015 fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 309 del cuaderno principal de Secretaría.

[8] Folio 2250 del Tomo 3.

[9] Folio 2251 del Tomo 3.

[10] Folio 2252 del Tomo 3.

[11] Folio 2253 del Tomo 3.

[12] Folios 2255-2291 y 2296-2332 del Tomo 3.

[13] La Gaceta del Congreso 1086 de 2017, en la que se publicó el informe de la comisión accidental de las Objeciones Gubernamentales fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 309 del cuaderno principal de Secretaría.

[14] La Gaceta del Congreso 174 de 2018, en la que se publicó el Acta de plenaria 43 de la sesión ordinaria del día miércoles 6 de diciembre de 2017 fue remitida por el Secretario General del Senado de la República en medio magnético. Folio 868 del cuaderno principal de Secretaría.

[15] La Gaceta del Congreso 173 de 2018, en la que se publicó el Acta de plenaria 42 de la sesión ordinaria del día martes 5 de diciembre de 2017 fue remitida por el Secretario General del Senado de la República en medio magnético. Folio 868 del cuaderno principal de Secretaría.

[16] Folios 2292 y 2293 del Tomo 3.

[17] La Gaceta del Congreso 159 de 2018, en la que se publicó el Acta de plenaria 273 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 2017 fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 870 del cuaderno principal de Secretaría.

[18] La Gaceta del Congreso 122 de 2018, en la que se publicó el Acta de plenaria 272 de la sesión ordinaria del día martes 12 de diciembre de 2017 fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 813 del cuaderno principal de Secretaría.

[19] Corte Constitucional, sentencias C-268 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), C-380 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), C-579 de 2002 (MP Jaime Araújo Rentería), C-452 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-321 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y C-625 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

[20] Ley 4 de 1913. Artículo 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere

feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.

[21] Folio 2212 del Tomo 3.

[22] Folios 2213-2249 del Tomo 3.

[24] Folio 27-40 del Tomo 1

[25] Folios 17-19 del Tomo 1.

[26] Folio 43 del Tomo 1.

[27] Folios 27-40 del Tomo 1.

[28] Folio 200 del Tomo 1.

[29] Folio 201 del Tomo 1.

[30] Folios 214-225 del Tomo 1.

[31] Folios 334 y 336-339 del Tomo 1.

[32] La Gaceta del Congreso 452 de 2016 en la que se publicó el Acta de plenaria 128 de la sesión ordinaria del día jueves 15 de junio de 2017 fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 309 del cuaderno principal de Secretaría.

[33] Constancia de la Secretaría General de la Cámara. Folio 307 del Tomo 1.

[34] Folios 426 del Tomo 1.

[35] Folio 1726 y 1728 del Tomo 3.

[36] Folios 1894-1909 del Tomo 3

[37] Folio 1874 del Tomo 3.

[38] Folio 1910 del Tomo 3.

[39] De los 14 Senadores de la Comisión Séptima 9 votaron positivamente, a saber: Luis Elvis Andrade Casamá, Nadya Georgette Blel Scaff, Orlando Castañeda Serrano, Antonio José Correa Jiménez, Javier Mauricio Delgado Martínez, Édinson Delgado Ruíz, Honorio Miguel Henríquez pinedo, Jorge Iván Ospina Gómez, Yamina del Carmen Pestana Rojas y Eduardo Pulgar Daza. Sobre el Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo no se registra nada, sobre Jesús Alberto Salazar Castilla, Sofía Alejandra Gaviria Correa se registra excusa y en el caso del Senador Álvaro Uribe Vélez hay constancia de excusa e impedimento.

[40] Folios 1987-1998 del Tomo 3.

[41] Folios 1894-1909 del Tomo 3

[42] Constancia de Secretaría General del 30 de mayo de 2017. Folio 2070 del Tomo 3.

[43] Folio 2071 del Tomo 3.

[44] Folio 2140 del Tomo 3.

[45] La Gaceta del Congreso 685 de 2017, en la que se publicó el Acta de plenaria 226 de la sesión ordinaria del día jueves 15 de junio de 2017 fue remitida por el Secretario de la Cámara de Representantes en medio magnético. Folio 309 del cuaderno principal de Secretaría.

[46] Constancia de Secretaría General del 16 de junio de 2017. Folio 2137 del Tomo 3. La Gaceta del Congreso 1020 de 2017, en la que se publicó el Acta de plenaria 82 de la sesión ordinaria del día miércoles 7 de Junio de 2017 fue remitida por el Secretario del Senado de la República en medio magnético. Folio 883 del cuaderno principal de Secretaría.

[47] Constancia de Secretaría General del 9 de junio de 2017. Folio 2144 del Tomo 3.

[48] C-1707 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[49] M.P. Ciro Angarita Barón

[50] Sentencia C-040 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón

[51] Sentencia C-188 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[52] M.P Cristina Pardo Schlesinger

[53] Sentencia C-1707 de 2000. M.P Cristina Pardo Schlesinger.

[54] M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[55] Sentencia C-840 de 2003. M.P Clara Inés Vargas Hernández

[56] M.P Álvaro Tafur Galvis

[57] Sentencia C-508 de 2006. M.P Álvaro Tafur Galvis

[58] M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

[59] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[60] Sentencia C-397 de 2011. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[61] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[62] M.P. Alberto Rojas Ríos

[63] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[64] M.P. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

[65] Sentencia C-1007 de 2000. M.P Cristina Pardo Schlesinger

[66] Sentencia C-807 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

[67] Sentencia C-121 de 2003. M.P Clara Inés Vargas Hernández

[68] Sentencia C-370 de 2004. M.P Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis

[69] Sentencia C-889 de 2006. M.P Manuel José Cepeda Espinosa

[70] Sentencia C-177 de 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto

[72] Sentencia C-177 de 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[73] Cfr C-121 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[74] Cfr Sentencia C-370 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis

[75] Cfr Sentencia C-177 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[76] Cfr Sentencia C-121 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[77] Sentencia C-375 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. En la providencia se desvirtuó un cargo de inconstitucionalidad en tanto el proyecto de ley en estudio había sido avalado por el Ministerio de Educación Nacional, otorgando el respectivo aval del gobierno para ese proyecto de ley. La Corte concluyó que por medio del aval del Ministerio se encontraba cumplida la exigencia del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política.

[78] Sentencia C-078 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Allí se analizó la constitucionalidad de la Ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2006-2010”, en la cual los demandantes sostenían que las disposiciones desconocían el artículo 341 superior, al afectarse el equilibrio financiero del plan nacional de desarrollo y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin que existiera un aval del gobierno

[79] Sentencia C-617 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. El Gobierno Nacional objetó por inconstitucional el proyecto de ley que creaba el Fondo Mixto M.M.V. de Promoción de la Cultura y las Artes (en adelante el Fondo), por ser contrario a los artículos 150-7, 151 y 154 de la Constitución. Esto debido a que la disposición objetada modificaba la estructura de la administración nacional y, a su vez, las previsiones de este tipo estaban sujetas a la exclusiva iniciativa gubernamental. Así, como en el caso planteado no se contó con el aval del Ejecutivo, se pretermitió la exigencia ordenada por los mencionados preceptos constitucionales.

[80] Sentencia C-015 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta Corporación se pronunció sobre la reforma al Estatuto Tributario, por supuestos vicios formales durante el trámite legislativo, al desconocer los artículos 1, 2, 157, 158 y 163 de la Carta. Se señaló que en el primer debate del proyecto de ley, una vez los ponentes y el autor del mismo

resolvieron las cuestiones previas a las votación del articulado, se puso a consideración de las Comisiones una proposición para que el articulado fuera votado en bloque respecto de aquellos artículos que no tuvieran proposición modificatoria o supresora y contaran con el aval del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, teniendo éste los efectos de un aval gubernamental.

[81] Sentencia C-872 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett

[82] Sentencia C-872 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett

[83] Sentencia C-473 de 2004. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-277 de 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[84] Sentencia C-576 de 2006. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

[85] Sentencia C- 786 de 2012. M.P Luis Ernesto Vargas Silva

[86] Sentencia SU 480 de 1997. M.P Alejandro Martínez Caballero

[87] Sentencia C-828 de 2001. M.P Jaime Córdoba Triviño

[88] Sentencia C-800 de 2003. M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

[89] Sentencia C-549 de 2004 M.P Jaime Araujo Rentería

[90] Sentencia C-809 de 2007. M.P Manuel José Cepeda Espinosa

[91] Sentencia C-895 del 2009. M.P Jorge Iván Palacio Palacio

[92] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[93] M.P. Alvaro Tafur Galvis

[94] M.P. Antonio Barrera Carbonell

[95] M.P. Alejandro Martínez Caballero

[96] M.P. Antonio Barrera Carbonell

[97] M.P. Fabio Morón Díaz

[98] M.P. Jaime Araujo Rentería

[99] Jaime Córdoba Triviño

[100] M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[101] M.P. Rodrigo Escobar Gil

[102] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[103] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[104] M.P. Jaime Córdoba Triviño

[105] Sentencia C-430 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[106] Sentencia C-262 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[107] Sentencia C-289 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[108] Sentencia C-422 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[109] Corte Constitucional, sentencia C-260 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados en las sentencias C-657 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-209 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[110] Corte Constitucional, sentencia C-260/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[111] “Es decir, la configuración normativa de las exclusiones totales o parciales al deber de contribuir también debe respetar criterios de justicia, con el fin de diseñar un régimen tributario general, solidario y progresivo (...) las exenciones admisibles corresponden a ciertos hechos en los cuales no se hace exigible el gravamen, o se valora la capacidad contributiva relacionada con el hecho generador como merecedora de una protección especial que la libera total o parcialmente, de tributación” (Negrillas fuera del texto original). Corte Constitucional, sentencia C-1060A/01 (C.P. Lucy Cruz de Quiñones). Los criterios establecidos en esa sentencia fueron reiterados en la sentencia C-913/11 (M.P.

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[112] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[114] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[115] M.P. Gloria Ortiz Delgadi

[116] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[117] El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”

[118] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[119] Folio 1-14 del Tomo 1.

[120] Folio 27-40 del Tomo 1

[121] M.P. María Victoria Calle Correa

[122] Ver entre otras, las sentencias C-266 de 1995, MP: Hernando Herrera Vergara, SV: José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa; C-032 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz; C-737 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, SV parcial Alfredo Beltrán Sierra; SV: Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas Hernández; C-005 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, AV: Jaime Araujo Rentería, C-078 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández, SV de Eduardo Montealegre Lynett; C-121 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández; C-987 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-354 de 2006, MP: Álvaro Tafur Galvis; C-889 de 2006, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-713 de 2008, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

[123] Ver por ejemplo, Cuaderno Principal, Folios 239 a 244, Carta del 13 de noviembre de 2007 del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Oscar Iván Zuluaga Escobar, dirigida al Presidente de la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

[124] Folio 27-40 del Tomo 1

[125] Margalín Manatou. Introducción al estudio del derecho tributario mexicano, 4ª ed., México, UASLP, 1997, p. 315.

[126] “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 que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales...”