

3. Despacho del Viceministro Técnico

Honorable Congresista
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8-68
Ciudad.



Radicado: 2-2022-001590

Bogotá D.C., 14 de enero de 2022 15:07

Radicado entrada
No. Expediente 952/2022/OFI

Asunto: Comentarios a la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 081 de 2021 Cámara: “Por medio del cual se reducen las semanas de cotización de la pensión de invalidez causada por enfermedad a las personas que padecen enfermedades terminales y se dictan otras disposiciones”.

Respetada Presidente:

De manera atenta, se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, de acuerdo con lo contemplado en su artículo 1, tiene por objeto “Reducir las semanas de cotización para que las personas que padecen enfermedades terminales puedan acceder en menor tiempo a la pensión de invalidez”. Lo anterior, con el fin de “garantizar ingresos a las personas que padecen una enfermedad terminal por medio de la pensión de invalidez” y “flexibilizar las condiciones de acceso para los pacientes que deseen acceder a esta modalidad de pensión”.

Particularmente, el artículo 2 propone la adición de un inciso al numeral primero y un párrafo 3 al artículo 39 de la Ley 100 de 1993² con el fin de permitir que la persona declarada inválida y que padezca una enfermedad terminal, solo acredite 40 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

También dispone que el afiliado que acredite la pérdida de la capacidad laboral y que en razón de su capacidad laboral residual haya continuado realizando aportes al sistema tenga derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

1. Consideraciones de índole constitucional

1.1. Vulneración de la iniciativa legislativa privativa del Ejecutivo

Al respecto, resulta oportuno precisar que los aportes al Sistema General de Pensiones son una contribución parafiscal cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional³. Particularmente, el Alto Tribunal ha precisado que estas contribuciones son una especie de tributo como resultado de la soberanía fiscal del Estado,

¹ Gaceta 1886 de 2021.

² Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

³ Sentencias C-152 de 1997, C-577 de 1995, C-711 de 2001, C-1067 de 2002 y C-800 de 2003, C-178 de 2016, entre otras.

de carácter obligatorio que se cobra a un grupo determinado y se invierte en beneficio del mismo⁴. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“...Respecto al carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica que tienen los recursos del sistema de seguridad social en pensiones, la sentencia C-178 de 2016 rememoró que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de definir el alcance y explicar la validez constitucional de las contribuciones parafiscales, las cuales se basan en los principios de solidaridad e igualdad, y en los mandatos que ordenan la promoción de ciertas actividades o sectores de la economía. Se trata de pagos obligatorios al surgir de la potestad fiscal del Estado, además que solo obligan a un grupo y se invierten en el mismo. También deben respetar el principio de legalidad, es decir, la definición precisa de los sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables y tarifas...”⁵. (Subrayado fuera de texto)

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

Ahora bien, es relevante considerar que la propuesta que hace la iniciativa de disminuir el número de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, cuando se trate de una persona que padece una enfermedad terminal, representa 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, éste se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal, mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria (...)”*(Subrayas por fuera del texto original)⁶.

De otra parte, es preciso resaltar que la iniciativa legislativa para estos asuntos es privativa del Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política que establece:

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

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

Ahora bien, es claro para este Ministerio que bien podría el Congreso de la República tramitar proyectos de ley con propuestas que involucren la iniciativa privativa del Ejecutivo, sin embargo, deberán contar con el aval del Gobierno Nacional representado por la respectiva Cartera Ministerial, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, ha quedado claro en la sentencia C-821 de 2011, en la cual la Corte Constitucional señala lo siguiente:

*“...No obstante, este Alto Tribunal ha sostenido, en diferentes oportunidades, que esta iniciativa privativa otorgada al Ejecutivo no debe entenderse como la simple facultad de la presentación inicial de los proyectos ante el Congreso de la República por parte de éste, respecto a los asuntos enunciados en el artículo 154 de la Carta, sino que **también puede ser expresada mediante el consentimiento o aquiescencia que el Ejecutivo imparte a los proyectos que, en relación con esas mismas materias, se estén tramitando en el órgano legislativo aun cuando no hayan sido presentados por el Gobierno.***

⁴ “...los tributos o contribuciones parafiscales constituyen una categoría tributaria específica distinta de las tasas y los impuestos...” Sentencia C-577 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵ Sentencia C-422 de 2016.

⁶ Véase la Sentencia C-748 de 2009. La cual sigue lo establecido en la Sentencia C-511 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(...)

Así las cosas, el consentimiento dado por el Gobierno a un proyecto de ley con respecto a las materias señaladas en el artículo 154 superior y la participación de éste en el proceso formativo de la ley, subsanan la vulneración de la iniciativa legislativa reservada. Dicho consentimiento se expresa en esos casos mediante la figura que jurisprudencialmente se ha denominado "aval del Gobierno o coadyuvancia

(...)

*Por último, ha señalado 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 de éste en las materias enunciadas por el inciso segundo del artículo 154 superior, **se encuentran viciadas de inconstitucionalidad**". (Negrilla fuera de texto).*

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el proyecto de ley bajo estudio incluye beneficios tributarios, esto es un asunto de la iniciativa legislativa del Ejecutivo que no cuenta con el aval del Gobierno Nacional, representado en este Ministerio en materia fiscal y tributaria, en caso de insistirse en su trámite legislativo corre el riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

1.2. Vulneración del derecho a la igualdad

Resulta necesario considerar si esta propuesta legislativa contraviene principios constitucionales como el de igualdad. En este sentido, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha entendido que para ponderar si una determinada medida del órgano legislativo lacera el principio de igualdad cuando opta, por ejemplo, por cambiar la forma de liquidar una pensión para un grupo poblacional determinado, debe aplicarse el test leve de igualdad⁷.

Como se sabe, el test leve en el juicio de igualdad limita su indagación a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, establecer si el medio escogido es el adecuado, es decir, si es el idóneo para alcanzar el fin propuesto. En otras palabras, es necesario constatar que el trato diferente que se propone para acceder a la pensión de invalidez por parte de los afiliados que padecen una enfermedad terminal: (i) atiende a un fin u objetivo legítimo, (ii) no es una distinción constitucionalmente prohibida, y (iii) la medida es adecuada para la consecución de la finalidad identificada, parámetros apoyados en consistente jurisprudencia constitucional.

Determinado el grado de intensidad del escrutinio a realizar, resulta preciso enfocar el ejercicio de análisis de la siguiente manera: (i) si la medida de trato diferenciado implementada (pensión de invalidez con un número inferior de semanas al padecer una enfermedad terminal) persigue un fin constitucionalmente válido; (ii) si la distinción no es constitucionalmente prohibida y, finalmente, (iii) si el medio escogido (disminución semanas cotizadas y exigencia de fidelidad) es el idóneo para materializar el fin constitucionalmente propuesto (el reconocimiento de una pensión de invalidez a quien padece una enfermedad terminal).

En relación con la finalidad que persigue la norma sometida al test, no tiene en estricto orden una protección específica constitucional. Tampoco el Proyecto de Ley arroja luces acerca de la relación que tiene la predicha finalidad y el orden constitucional establecido en el texto de 1991.

En efecto, la desigualdad propuesta no está ni siquiera justificada constitucionalmente frente a otros grupos vulnerables – llamadas pensiones especiales de vejez del artículo 33 de la ley 100 de 1993 - que han venido siendo protegidos por la

⁷ Corte Constitucional. Ver entre otras: Sentencias C – 015 de 2014; C – 104 de 2016; C – 520 de 2016; C – 220 de 2017.

Corte Constitucional, como sucede con las madres/padres con hijos inválidos o las personas que padecen deficiencias físicas, síquicas o sensoriales donde claramente se exigen las semanas cotizadas del sistema y edades fijas. No debe perderse de vista que, aunque esté en el acápite que esta prestación propuesta corresponde a la de invalidez, es claro que se trata de una prestación especial de vejez para unas personas especiales, dentro de unas prestaciones ya especiales per se. Por lo anterior, no debe confundirse su interpretación, ni tratar de darle otro significado.

Respecto a la ponderación sobre la idoneidad de la medida, se estima que la misma tampoco cumple el requisito de idoneidad, toda vez que disminuir las semanas de cotización para que una persona con enfermedad terminal pueda acceder más fácilmente a la pensión de invalidez podría ocasionar un costo adicional para la Nación, que, en todo caso no se encuentra contemplado en las proyecciones de gasto de mediano plazo.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando se ignoran aspectos notables al momento de adoptar medidas que busquen imponer cargas o establecer beneficios en escenarios de escasez, se podría estar frente a una falla en la distribución de las cargas⁸. Si bien las acciones afirmativas pueden ser una realización del principio constitucional de igualdad, el reparto de los costos que estas implican debe atender también a criterios de justicia y eficiencia de tal forma que el beneficio de un grupo no se convierta en una carga insostenible para otro. Así pues, la reducción en el número de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona que padece una enfermedad terminal constituye una situación que desconoce principios constitucionales como el de la distribución correcta de las cargas públicas.

Así las cosas, a juicio de este Ministerio la medida adoptada por el Proyecto de Ley no logra superar el juicio integrado de igualdad y, en consecuencia, resulta contraria a los mandatos derivados del principio de igualdad, motivo por el cual se considera inconstitucional.

1.3. Creación de un nuevo régimen pensional

El Acto Legislativo 01 de 2005 que adiciona el artículo 48 de la Constitución Política establece que: *“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”*.

En este sentido, la Constitución Política, en desarrollo del principio de igualdad y en aras de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, prohibió expresamente la creación de nuevos regímenes especiales donde se hicieran excepciones respecto a aspectos paramétricos o estructurales del sistema ya diseñado en la Ley.

Vale la pena recordar, que tal y como se menciona en la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, una de las principales motivaciones de esta reforma constitucional fue la eliminación de los regímenes exceptuados o especiales, dada la inequidad y carga fiscal que los mismos generan para el Estado, al respecto:

“La eliminación de regímenes exceptuados o especiales

Como ya se dijo, las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social.

Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de muchas empresas públicas y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias.

En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien el que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores. A lo anterior se agrega que las

⁸ Ver entre otras: Sentencias C – 197 de 1993 y Auto 320 de 2013.

personas que pueden pensionarse con edades y tiempos de servicios menores, terminan recibiendo pensiones superiores a las del resto de los colombianos, con montos mayores a los 25 salarios mínimos que es el tope de pensión que señala la ley, sin que en la mayoría de los casos hayan realizado cotización alguna, lo que implica cuantiosos subsidios.⁹ (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, está proscrita constitucionalmente cualquier ley que pretenda otorgar alguna excepción o prerrogativa en materia pensional a nacionales o extranjeros por cualquier causa.

Por todo lo anterior, la reducción de las semanas mínimas que deben ser acreditadas para acceder a la pensión de invalidez cuando se trata de una persona con una enfermedad terminal equivale a crear un régimen especial de pensiones lo que es contrario a lo dispuesto por el artículo 48 Superior. Bien lo expresa la exposición de motivos del proyecto de ley que se trata de una “modalidad de pensión”¹⁰, lo que lo hace un régimen de pensión especial.

Dicho lo anterior, el proyecto crea una pensión especial a pesar de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual deviene en inconstitucional.

1.4. Vulneración del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones (SGP)

El artículo 48 de la Constitución Política establece expresamente que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar, entre otros, la sostenibilidad financiera del SGP y en cumplimiento de este mandato el legislador cuenta con competencia para desarrollar los mandatos constitucionales de la seguridad social, lo que conlleva otorgar a las personas calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, para lo cual se previó su garantía de manera progresiva. Para tal efecto, el legislador cuenta con una amplia potestad para establecer los mecanismos necesarios, de un lado, para hacer sostenible financieramente el sistema y, de otro, para fijar los requisitos de acceso a las prestaciones, siempre y cuando estos persigan la protección de todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

Ahora bien, dentro de las obligaciones que tiene el Estado en relación con el Sistema General de Pensiones, en especial, la relacionada con la garantía de sostenibilidad financiera, la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 2019 señaló dos perspectivas:

Una primera faceta de la sostenibilidad financiera se expresa en las reglas especiales para el reconocimiento de pensiones establecidas en el propio artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, reglas que se encaminan a poner freno a los desequilibrios producidos por el otorgamiento de mesadas en cuantías excesivas, que establezcan privilegios injustificados, que desconozcan el régimen legal bajo el que se causó el derecho, o cuando los derechos de pensión no consideran lo efectivamente cotizado.

Una segunda faceta de la sostenibilidad financiera del SGP supone la adecuada correlación entre los recursos y los derechos pensionales en sí mismos. La Corte Constitucional ha conducido por esta vía la correspondencia entre los recursos que ingresan al SGP y los recursos que deben destinarse a la satisfacción del derecho de las personas que han asegurado su contingencia de vejez, para expresar que *“es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003”*¹¹.

⁹ Gaceta del Congreso No. 385 de 2004. Proyecto de Acto Legislativo 34 de 2004 Cámara. *“Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”*

¹⁰ Gaceta del congreso 1886 de 2021

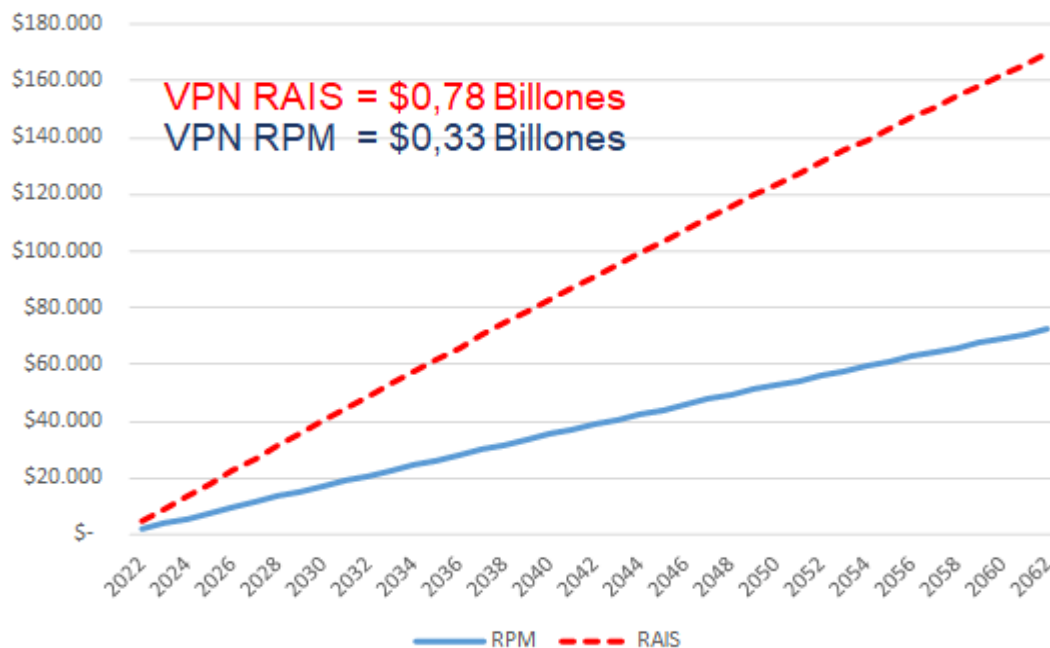
¹¹ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

En ese orden de ideas, esa correlación estrecha enunciada en precedencia, la cual impide dictar leyes de contenido pensional que no identifiquen en forma explícita cómo se financiarán tales prestaciones o que desconozcan la relación entre el derecho pensional y su fuente de financiación, se erige en núcleo para la sostenibilidad financiera de la prestación. Por ello, propuestas legislativas como la presentada en este Proyecto de Ley que persigue el reconocimiento de una pensión de invalidez con base en la reducción de las semanas que deben ser acreditadas, como consecuencia de una enfermedad terminal, vulnera el principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, lo cual resulta contrario a la Constitución Política.

2. Consideraciones fiscales y económicas al Proyecto de Ley

Respecto de los pagos por pensiones de invalidez, se estima un impacto inicial en la frecuencia de reclamación cercano al 8% (de los casos actuales). De esta forma, en el primer año se otorgarían 150 pensiones a enfermos terminales en RPM y 351 pensiones en RAIS, **con un costo anual adicional en pesos de 2022 de \$1.950 millones y \$4.563 millones, respectivamente**¹². Con una dinámica similar, la gráfica 1, muestra el crecimiento exponencial de los costos adicionales:

**Gráfico 1. Pagos Adicionales año por Régimen
Implementación PL 081/21C
Millones de \$**



Elaboración: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El valor presente neto de los costos en los próximos 40 años, se estima en \$1,11 Billones¹³ (sumados los dos regímenes), con la consiguiente afectación por incremento en la tasa de riesgo en el RAIS.

¹² Cifras a 2022.

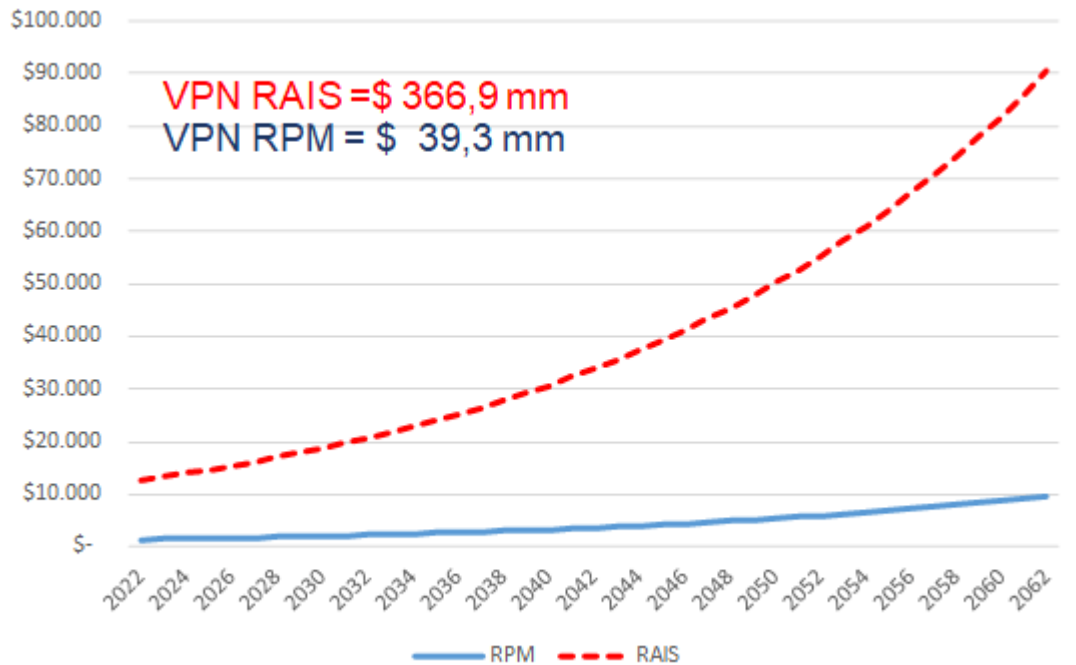
¹³ Cifras a 2022.



En cuanto a las devoluciones de saldos e “indemnizaciones” sustitutivas, se estima una afectación en los próximos 40 años cuyo VPN, sería de **\$0,41 billones**¹⁴. La dinámica de pagos se muestra en el gráfico 2.

En total, incluyendo los dos regímenes, la afectación total por la implementación del proyecto de Ley se acerca a **\$1,52 Billones**¹⁵, para los próximos 40 años:

**Gráfico 2. Pagos por devoluciones e indemnizaciones.
Implementación PL 081 21 C
Millones de \$**



Elaboración: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, ante un posible aumento del gasto la iniciativa afectaría las finanzas de la Nación, pues generaría costos fiscales que no se encuentran previstos en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto de los Sectores involucrados, de manera que este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al respecto desde el punto de vista presupuestal. Además, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 819 de 2003¹⁶, el proyecto de ley debe hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y debe incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento. Sin embargo, no se observa el cumplimiento de estos requisitos.

¹⁴ Cifras a 2022.

¹⁵ Cifras a 2022.

¹⁶ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

En virtud de lo expuesto en precedencia, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley del asunto y solicita, respetuosamente, la posibilidad de su archivo. En todo caso, manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Atentamente,

JESÚS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Técnico

DGPPN/DGRESS/OAJ

Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco

Elaboró: Sonia Lorena Ibagón Avila

UJ-0022/2022

Con Copia: Dr. Jorge Humberto Mantilla Serrano - Secretario General de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JESUS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Tecnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co