



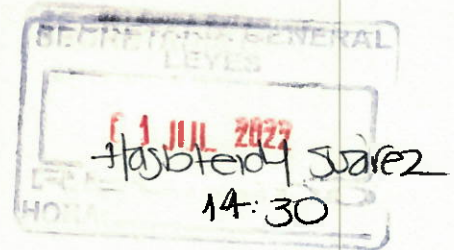
IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Bogotá D.C, 1 de julio de 2022

Honorable Senador
JUAN DIEGO GÓMEZ
PRESIDENTE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Honorable Representante
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
PRESIDENTE
CÁMARA DE REPRESENTANTES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
E. S. D.



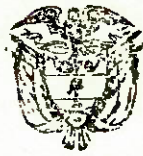
Referencia: Proyecto de Ley 041 de 2020 Cámara - 480 de 2021 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley 267 de 2020 Cámara "*Por medio de la cual se establecen medidas efectivas y oportunas en beneficio de la autonomía de las personas con discapacidad y los cuidadores o asistentes personales bajo un enfoque de derechos humanos, biopsicosocial, se incentiva su formación, acceso al empleo, emprendimiento, generación de ingresos y atención en salud y se dictan otras disposiciones*".

Asunto: Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad parcial del proyecto de ley de la referencia.

Respetados presidentes del honorable Senado de la República y de la honorable Cámara de Representantes.

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, el Gobierno Nacional se permite devolver por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de Ley 041 de 2020 Cámara - 480 de 2021 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley 267 de 2020 Cámara "*Por medio de la cual se establecen medidas efectivas y oportunas en beneficio de la autonomía de las personas con discapacidad y los cuidadores o asistentes personales bajo un enfoque de derechos humanos, biopsicosocial, se incentiva su formación, acceso al empleo, emprendimiento, generación de ingresos y atención en salud y se dictan otras disposiciones*".

La objeción por inconstitucionalidad que se formula se circunscribe al artículo 12 del proyecto y se fundamenta en las siguientes razones:



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

I. OPORTUNIDAD

Las objeciones por inconstitucionalidad o por inconveniencia se deben presentar dentro de los plazos fijados en el artículo 166 de la Constitución Política. De acuerdo con esta norma, el Gobierno dispone del término constitucional de seis (6) días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez (10) días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte (20) días cuando los artículos sean más de cincuenta. La misma preceptiva Superior dispone que: *“Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos”*.

Teniendo en cuenta: **(i)** que el Proyecto de Ley de la referencia fue recibido en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el 22 de julio de 2022; y que **(ii)** el precitado proyecto de ley tiene veinte (20) artículos, el término para objetar es de seis (6) días hábiles. En la medida en que las cámaras legislativas se encuentran en receso, en obediencia a lo previsto en el inciso tercero del artículo 166 de la Constitución Política, el Presidente de la República procede a publicar el proyecto objetado dentro del plazo señalado.

II. OBJECIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD

La iniciativa legislativa tiene como propósito establecer medidas efectivas para garantizar el acceso al servicio de cuidador o asistencia personal de las personas con discapacidad, que corresponda con lo establecido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada mediante la Ley 1346 de 2009, mediante el establecimiento de medidas que incentiven la formación, acceso al empleo, emprendimiento, generación de ingresos y atención en salud para los cuidadores o asistentes personales de otras personas con discapacidad, que pueden pertenecer o no a la familia de estas personas.

Para el efecto, el Proyecto de Ley principalmente desarrolla: **(i)** la celebración del día nacional del cuidador o asistente personal; **(ii)** la inclusión de la información de cuidadores o asistentes personales en el Sistema de Registro de localización y caracterización al que se refiere la Ley Estatutaria 1618 de 2013 *“por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”*; **(iii)** el establecimiento del programa nacional de orientación y formación para cuidadores o asistentes personales; **(iv)** la creación del perfil ocupacional *“Cuidador o Asistente personal de persona con discapacidad”*; **(v)** la garantía en la prestación de programas de salud; **(vi)** la prevalencia del cuidador o asistente personal no remunerado cuando se determine la necesidad de su contratación por parte de la IPS o de la EPS y **(vii)** programas para la visibilización e inclusión social de quienes prestan cuidado o asistencia personal a personas con discapacidad.



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

II.I. Inconstitucionalidad del artículo 12 por atentar contra el principio de Sostenibilidad del SGSSS, a través del cual se garantiza el Derecho fundamental de Salud (art. 48, 49 de la C.P y 2, 9 y 25 de la Ley Estatutaria de salud

A través del artículo 12 del Proyecto de Ley *sub examine*, se habilita la contratación de cuidadores o asistentes personales de personas con discapacidad, por parte de las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS), así:

ARTÍCULO 12°. PREVALENCIA DE LOS CUIDADORES O ASISTENTES PERSONALES NO REMUNERADOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES DOMICILIARIOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A CARGO DE ENTIDADES O INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD. Cuando se determine la contratación de una o más personas por parte de una Entidad Prestadora de Salud, Institución Prestadora de Salud o quien haga sus veces para la prestación de servicios domiciliarios de cuidado o asistencia personal a personas con discapacidad, que así lo soliciten, se dará prevalencia en la contratación, a quien venía realizando las actividades de cuidador o asistente personal de forma no remunerada, a la persona con discapacidad beneficiaria del servicio, siempre y cuando se cuente con la formación académica que sea equivalente o superior a la del personal de salud necesario para la prestación de los servicios requeridos por la persona con discapacidad. En ningún caso la vinculación y las condiciones laborales y salariales de la persona cuidadora o asistente personal de persona con discapacidad contratada podrán ser inferiores a las del personal de salud que normalmente presta estos servicios.

Esta Contratación deberá contar con la aprobación de la persona con discapacidad y del cuidador o asistente personal no remunerado de persona con discapacidad. Para estos efectos, el interesado deberá manifestarlo por escrito ante la respectiva Entidad o Institución Prestadora de Salud o a quien corresponda y aportar la documentación que acredite el cumplimiento del requisito establecido en esta Ley.

El Ministerio de Salud reglamentará esta materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la Ley.

PARÁGRAFO. No podrá alegarse políticas internas de la Entidad o Institución Prestadora de Salud como criterio para imposibilitar la contratación de familiares, para efectos de lo señalado en el presente artículo.

A pesar del fin loable que persigue la norma que nos ocupa, que busca “disminuir los efectos negativos en materia económica de las actividades de cuidado no



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

remuneradas, posibilitando el mejoramiento de las condiciones sociales del entorno familiar” (Gaceta 699 de 2020 p. 19), el hecho de no estar formalizado el perfil ocupacional del cuidador o asistente personal en Colombia, ni contemplarse su prestación como un servicio de salud, el costo asociado a servicios de cuidado no cuenta con una fuente de gasto que los ampare en el sistema de salud, advirtiéndose que su costo no está incorporado en los cálculos de la UPC ni de los Presupuestos Máximos, por lo que excepcionalmente el Sistema General de Seguridad Social en Salud lo costea por orden constitucional en el marco de la acción de tutela. Esto, conforme al principio de solidaridad que incorpora el deber de asumir las cargas soportables propias de la convivencia social y el cumplimiento de los deberes familiares¹.

Bajo este contexto y al tenor de lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia, que reconocen la salud como servicio público esencial obligatorio a cargo del Estado, instituido como derecho fundamental en lo individual y en lo colectivo, por el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, tanto el legislativo como el ejecutivo tienen el deber de preservar los recursos destinados a garantizar la salud de los ciudadanos. Por lo tanto, es menester obrar con cuidado al disponer sobre la generación de obligaciones con cargo a los recursos destinados a financiar y garantizar el derecho fundamental que les asiste a todos los afiliados.

Si se considera que la contratación propuesta en el artículo objetado permite que, por intermedio de las EPS e IPS se causen obligaciones de tipo privado que, eventualmente serán asumidas por el Estado², al permitir que sea el privado, bajo las normas que le son propias quien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, determine la realización del gasto fiscal asociado a los servicios de cuidado y asistencia personal de las personas con discapacidad, se concluye que la propuesta presentada resulta desproporcionada, contraria a la Constitución y a la Ley.

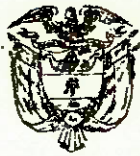
Así pues, al contemplar la norma señalada que *“cuando se determine la contratación de una o más personas por parte de una Entidad Prestadora de Salud, Institución Prestadora de Salud o quien haga sus veces para la prestación de servicios domiciliarios de cuidado o asistencia personal a personas con discapacidad”*, sin especificar las condiciones para otorgarlo ni los competentes para determinarlo, en un plano donde no existe el perfil ocupacional del cuidador o asistente personal, permitiendo que rija desde el momento de la promulgación, puede incidir negativamente en finanzas del SGSSS, apartándose de la condición de destinación específica³ que ostentan los recursos de salud, en tanto no podrían desviarse para el pago de los contratos privados que habilita el artículo señalado.

Además, la norma objetada, conforme se encuentra plantada, transgrede lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución política, concordado con lo establecido en el artículo 25 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, según el cual: *“Los*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004. M.P. Uprimny. R.

² Como se reconoce a folio 20 de la Gaceta 699 de 2020, donde se señala *“la Corte ha establecido que el principio de solidaridad se traslada en cabeza del Estado que brindará el servicio de cuidado a través de las Entidades Prestadoras de Salud, EPS”*

³ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2003. M.P. Vargas C. I.



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente”.

La anterior situación se advirtió por el Ministerio de Salud y Protección Social dentro del trámite legislativo, mediante el Oficio No. 2022114013167 (Rad:2022-1-3.5.1-000456 Id:566 del Senado), sin que se evidencie en la exposición de motivos la respectiva discusión.

En conclusión, permitir la contratación de servicios no regulados, como son las labores de cuidado o asistencia personal, cuando es sabido que la corte Constitucional atribuye el deber de otorgar, entre otros, el servicio de cuidado a la persona con discapacidad cuando no sea posible evidenciar la capacidad socioeconómica de su familia, sin perjuicio de las dificultades propias de la carga dinámica de la prueba que se tiene para rechazar la carga que en principio asiste a los deberes familiares, va en detrimento de la garantía del derecho fundamental de salud en su ámbito colectivo, y deja al Estado en indefensión del interés general, al permitir la generación de obligaciones que, como sucedió con el recobro, pueden llegar a desbordar las capacidades económicas del Estado colombiano, en tanto habilita a sujetos de derecho privado para causar gastos asociados al factor de cuidado o asistencia personal, bajo la realización de actos jurídicos que se rigen por el derecho privado, sin la participación del Estado.

Por lo anterior, antes de establecer condiciones afirmativas con impacto fiscal como la que nos convoca, el abordaje dicotómico de las necesidades socioeconómicas que le pueden asistir a cuidadores y asistentes personales de personas con discapacidad, es un aspecto que requiere cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para evitar que este tipo de discriminación positiva genere resultados contrapuestos en detrimento del derecho fundamental a la salud de las demás personas que se benefician del sistema, varias de las cuales también ostentan especial protección constitucional, como los niños, ancianos y en general personas en condición de discapacidad que requieren la atención oportuna que se da con el flujo de los respectivos recursos económicos.

II.II. Inconstitucionalidad del artículo 12 del Proyecto de Ley, por violación de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia y al principio de legalidad del gasto público.

El artículo 12 del Proyecto de Ley viabiliza la generación de obligaciones indirectas con cargo al Estado, por unas contrataciones cuyos criterios de determinación, se reitera, no ha sido definidos, a lo que se suma el hecho de carecer de una fuente de recursos para su financiación, todo lo cual desconoce el principio de legalidad del gasto público, cuyas bases constitucionales, entre otros, se determina por los artículos 345 y 346 de la Constitución Política de Colombia.



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Al respecto, el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, de carácter presupuestal y naturaleza orgánica, al tenor de lo establecido en el artículo 151 de la Constitución Política, condiciona la labor legislativa a que las leyes que generen gasto e impacto fiscal, como sucede con la que nos ocupa, sean explícitas y compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo:

Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

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

En este sentido, si bien el Congreso tiene la potestad para decretar gasto público, la referida atribución debe ejercerse conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y la ley, por lo que se mantiene la observación referente a la necesidad de cumplir con el análisis del impacto fiscal señalado en el artículo 7° antes citado, observando que en el trámite legislativo que tuvieron los proyectos de Ley PL041/20C y PL267/20C no se incluyó en forma expresa dentro de la exposición de motivos y las ponencias de trámite los análisis asociados al impacto fiscal que indirectamente dispone la contratación de cuidadores por parte de las IPS y EPS, a sabiendas que el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional atribuye al Estado la carga plena de asumir el costo del servicio, cuando la familia no tiene las capacidades socioeconómicas para suministrarlo, condición que por efectos mismos del ejercicio de la carga dinámica de la prueba conlleva a que la mayoría de los casos el costo termine siendo asumido por el Estado.

Lo anterior, en consideración a que propio ente rector de política fiscal, a través del Oficio 2-2020-051 del 9 de octubre de 2020, en términos generales se refirió sobre la necesidad de cumplir lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, manifestando su disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina legal vigentes; a lo que se suma la solicitud realizada en junio de 2022 por el Ministerio de Salud y Protección Social (Rad:2022-1-3.5.1-000456 Id:566 del Senado), para que se surtiera el análisis del impacto fiscal conforme a la constitución y la ley.

II.III. Análisis del costo potencial de la aplicación del artículo 12

Teniendo en cuenta que el artículo 12 puede interpretarse como un mecanismo a través del cual las personas con discapacidad que así lo soliciten puedan acceder a un cuidador personal. Bajo esta premisa, la medida generaría costo fiscal adicional derivado de la contratación de estas personas. El impacto fiscal del Proyecto de Ley corresponde al número de cuidadores contratados multiplicado por su remuneración anual.

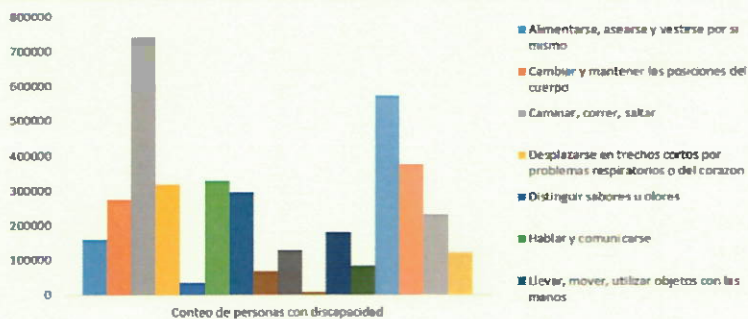


IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Existen 3 fuentes para definir el universo de personas con discapacidad: de acuerdo con el censo de población de 2018, en el país existen 1.748.372 personas con discapacidad; por su parte, según el registro de localización y caracterización de personas con discapacidad, la población total se estima en 1.319.049. Por otro lado, con corte a diciembre de 2019, el registro de personas con discapacidad de SISPRO daba cuenta de un total de 1.502.727. Para efectos de este concepto, se presenta la caracterización con base en los datos de SISPRO. Sin embargo, se presentan escenarios de costo fiscal alternativos considerando los 3 universos poblacionales.

La gráfica 1 presenta la caracterización de la población con discapacidad por tipo de actividad en la que presenta dificultad. En términos de frecuencia, las actividades más comunes son caminar, correr y saltar junto con alimentarse, asearse y vestirse por sí mismo. Para estimar el costo fiscal mínimo de la iniciativa, se calculó el número de personas que presentaban dificultad para la realización de la totalidad de las actividades. El costo fiscal potencial, corresponde a la situación donde cada una de estas personas requiere un cuidador personal. Bajo estas premisas, el rango potencial de beneficiarios se encuentra entre 160.851 y 1.502.757.

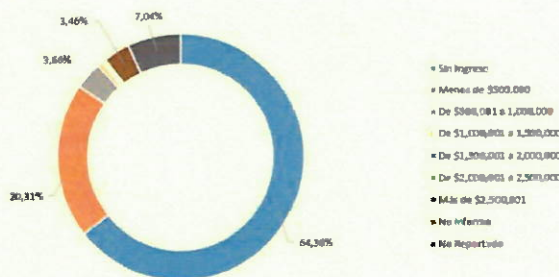
Gráfico 1. Caracterización de la población por tipo de discapacidad



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, SISPRO. Oct. 2019

Por su parte, la gráfica 2 presenta la caracterización de la población con discapacidad por nivel de ingreso reportado. Es de notar que el 64,36%, equivalente a algo más de 900 mil personas, no cuentan con ingreso propio. Así mismo, 20,31% tiene ingresos por debajo de \$500 mil al mes y el 10,5% no informa o no se encuentra reportado.

Gráfico 2. Caracterización de la población con discapacidad por nivel de ingreso



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, SISPRO. Oct. 2019



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Finalmente, la **Tabla 1** muestra el costo mínimo y potencial de la iniciativa asumiendo, por cada persona, un cuidador personal con una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Es importante señalar que se asume una carga prestacional del orden de 62,56% correspondiente a la prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, auxilio de transporte, vacaciones, cajas de compensación familiar, ICBF, SENA, aportes a salud, pensión y riesgos salariales. En caso de que el empleador esté exonerado de alguno de estos pagos, la carga prestacional podrá variar.

El primer escenario corresponde al caso en el cual únicamente las personas priorizadas, por tener dificultad para realizar la totalidad de sus actividades, tendrían un cuidador personal; los escenarios restantes corresponden a los casos en que la totalidad de personas con discapacidad contarían con un cuidador. La variación de estos depende del universo de personas.

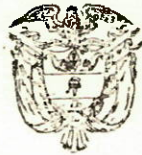
Tabla 1. Costo fiscal potencial de la iniciativa (\$ millones)

Fuente	Población	Valor anual
Población Priorizada	160,851	3,137,753
Registro localización	1,319,049	25,730,953
SISPRO	1,502,757	29,314,581
Censo 2018	1,748,372	34,105,842

Los resultados sugieren que la iniciativa legislativa genera costos adicionales que oscilan entre \$3,1 y \$34,1 billones al año. Estos recursos no se encuentran incluidos en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y ponen en riesgo la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La iniciativa, en contravención de lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, no incluye fuentes adicionales para financiarla.

Sobre la base de lo expuesto, se objeta por inconstitucionalidad el artículo 12 del Proyecto de Ley 041 de 2020 Cámara - 480 de 2021 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley 267 de 2020 Cámara.

En conclusión, la desatención al deber de incluir de forma expresa en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite legislativo los costos fiscales que involucra la iniciativa dispuesta en el artículo 12 del Proyecto de Ley que se objeta, como lo ordena el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, contraría lo establecido en el artículo 151 de la Constitución Política.



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

III. SOLICITUD

Sobre la base de los argumentos expuestos, el Gobierno nacional **DEVUELVE** al Congreso de la República el Proyecto de Ley 041 de 2020 Cámara - 480 de 2021 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley 267 de 2020 Cámara "*Por medio de la cual se establecen medidas efectivas y oportunas en beneficio de la autonomía de las personas con discapacidad y los cuidadores o asistentes personales bajo un enfoque de derechos humanos, biopsicosocial, se incentiva su formación, acceso al empleo, emprendimiento, generación de ingresos y atención en salud y se dictan otras disposiciones*", sin la correspondiente sanción presidencial para que se dé trámite a las objeciones por inconstitucionalidad presentadas.

De los honorables congresistas, con el debido respeto,

El Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,
encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda
Crédito Público

JESÚS ANTONIO BEJARANO ROJAS

El Ministro De Salud y Protección Social

FERNANDO RUIZ GÓMEZ