



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)  
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 758

Bogotá, D. C., miércoles, 13 de octubre de 2010

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD  
 SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
 www.secretariosenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO  
 SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA  
 www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### PONENCIAS

#### PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010 CÁMARA

*por la cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.*

Bogotá, D. C., martes 12 de octubre de 2010

Doctor

BERNER ZAMBRANO ERAZO

Presidente Comisión Primera

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad

En atención a la honrosa designación como ponentes **para segundo debate del Proyecto de acto legislativo número 016 de 2010 de Cámara**, por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del estado social de derecho, por su digno conducto nos permitimos poner en consideración de la Honorable Cámara de Representantes el siguiente informe de ponencia.

*Jaime Buenahora Febres, Adriana Franco Castaño, Miguel Gómez Martínez, Heriberto Sanabria Astudillo, Germán Varón Cotrino, Fernando de la Peña, Ponentes.*

#### I. Trámite

El presente proyecto de acto legislativo es de iniciativa gubernamental. Fue radicado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, el 20 de julio de 2010, siendo publicado el correspondiente texto y exposición de motivos en la Gaceta 451 de 2010.

El texto fue remitido a los suscritos ponentes mediante Oficio C.P.C.P. 3.1-041-2010, del 12 de agosto de 2010, fijándose, de conformidad con lo normado en el artículo 153 de la Ley 5ª de 1992 un término para rendir el informe de ponencia.

Posteriormente se convocó a Audiencia Pública, la cual fue realizada el día jueves 16 de septiembre de 2010 y la cual contó con la participación y asistencia de varias entidades del Estado y de la sociedad civil, como el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Universidad Nacional, la Federación Nacional de Municipios, la Federación Nacional de Departamentos, Congreso Visible, entre otros. En aras de la visibilidad del debate y de enriquecer la discusión, los aportes más importantes por parte de la sociedad civil, se encuentran expuestos más adelante.

El primer debate de la primera vuelta se realizó el día 6 de octubre de 2010 en la Comisión Primera de la honorable Cámara de Representantes. Dicha Comisión votó favorablemente el proyecto con una votación de 24 contra 4.

#### II. Antecedentes, Objeto y Contenido del Proyecto de ley

En consideración de la entidad autora del proyecto de acto legislativo de la referencia, es necesario *“adoptar un derecho que contribuye a proteger todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrente la economía para atender sus deberes sociales. De este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal para realizar los propósitos del Estado Social de Derecho. (...) el Gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda de gasto que adopta en el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos del Estado en el mediano plazo”*.

Considerando estos antecedentes, el proyecto de acto legislativo pretende consagrar al concepto de sostenibilidad fiscal como un derecho de todos los

ciudadanos, y un deber de todas las ramas y órganos del poder público, considerando que convertir a la sostenibilidad fiscal en un derecho permitirá garantizar los demás derechos, pues de no ser así no existirían recursos para materializar el goce efectivo de los ciudadanos, y para ello propone adicionar los artículos 334, 339, y 346 de la Constitución Política, en un conjunto de cuatro artículos, incluyendo el artículo 4°, que es el de la vigencia del acto legislativo.

El artículo 1°, propone modificar el artículo 334 de la Constitución Política precisando que la racionalización de la economía para mejorar la calidad de vida deberá realizarse en un marco de sostenibilidad fiscal, añadiendo el concepto de progresividad para el acceso pleno a los bienes y servicios básicos. En este mismo artículo se define a la sostenibilidad fiscal como indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, consagrándola como un derecho de todos y un deber de las ramas y órganos del poder público, imponiendo al Congreso de la República el deber de asegurar la sostenibilidad fiscal cuando determine el alcance concreto de los derechos sociales y económicos.

El artículo 2°, añade al primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política el deber de los Planes de Desarrollo de contar con un marco de sostenibilidad fiscal en la relación de los presupuestos plurianuales, proyectos de inversión y especificación de los proyectos financieros requeridos.

El artículo 3°, que adiciona el inciso 1° del artículo 346 de la Constitución Política disponiendo que el presupuesto anual de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

**Cuadro comparativo de los textos vigente en la Constitución Política, y propuesto en el Proyecto de Acto Legislativo**

TEXTO CONSTITUCIONAL	TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE
<p>Artículo 334. La Dirección General de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.</p> <p>El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.</p>	<p>Artículo 334. La Dirección General de la economía estará a cargo del Estado <b>en sus niveles nacional y territorial según corresponda.</b> Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir, <b>en un marco de sostenibilidad fiscal,</b> el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. <b>Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho.</b></p> <p>El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, <b>de manera progresiva,</b> que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo <b>al conjunto</b> de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.</p>

TEXTO CONSTITUCIONAL	TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE
<p>Artículo 339. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.</p> <p>Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al plan nacional de desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.</p>	<p><b>La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.</b></p> <p><b>El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad. En todo caso el gasto destinado a la concreción de los fines del Estado Social de Derecho tendrá carácter prioritario.</b></p> <p>Artículo 339. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, <b>dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.</b></p> <p>Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, <b>que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.</b> El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones <b>deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal</b> y corresponderá al plan nacional de desarrollo.</p>

**III. Consideraciones sobre el Proyecto de Acto Legislativo**

**1. INTRODUCCIÓN**

La piedra angular sobre la cual descansa toda la doctrina constitucional colombiana y que sirve de lente definitorio e interpretativo de cualquier actividad legislativa de orden primario o secundario a la letra dice:

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA  
TÍTULO I**

**DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

**Artículo 1°. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.**

**Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones**

que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

El constituyente primario quiso hacer de estos los principios rectores sobre los cuales debía fundarse el Estado Colombiano. Son estos pues los objetivos hacia los cuales debe moverse el aparato estatal, pues es ese el mandato otorgado por el pueblo. Cualquier otra visión de los fines últimos del Estado, está llamada a fracasar en el contexto colombiano. Es en este contexto que debe analizarse cualquier iniciativa legislativa, cualquier acto jurídico público o privado, cualquier actividad estatal o personal de quienes conforman el Estado Colombiano. Los principios orientadores sirven como herramienta de interpretación teleológica y sistémica de cualquier disposición jurídica, sin importar su rango o alcance. La sostenibilidad fiscal debe ser un medio, no un fin en sí mismo. Tal es el espíritu de nuestra Carta Política que ha situado la dignidad humana en el centro de cualquier debate político o técnico.

Esta declaración de principios tiene no pocas implicaciones frente al quehacer público diario, aún cuando no se concibe como cláusula de cierre del ordenamiento jurídico. En ese sentido, estamos ante un concepto que no tiene un significado unívoco, pues está condicionada por la decisión política y representativa, tal como lo señala la Corte Constitucional en su Sentencia T-446 de 1992: *“la expresión ‘Estado Social de Derecho’ no es unívoca ni ha sido definitivamente incorporada en un solo sentido, ni por la doctrina ni por la dogmática constitucional”*.

Así, estamos ante un concepto que requiere la participación de las autoridades públicas y de la *interpositio legislatoris*, dado el amplio margen que tiene el Legislador para llenar de contenido los derechos y obligaciones de los ciudadanos y de las autoridades. Pese a su ductibilidad conceptual, no estamos ante una idea que forzosamente deba quedarse sólo escrita en el papel. Al ser un principio fundamental de autodefinition del Estado, este impone obligaciones a cada uno de los integrantes de las Ramas del Poder Público.

La misma Corte Constitucional considera en la sentencia C-713 de 1998, que la Constitución Política niega la idea de un Estado neutral frente a las necesidades públicas, señalando los lineamientos que relacionan a la Carta Fundamental con la economía: *“La consagración de un título de la Constitución dedicado al régimen económico, pone de presente que en las normas constitucionales pueden encontrarse los criterios superiores llamados a orientar positivamente la vida económica y social,*

*en modo alguno ajena al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, los principios constitucionales en asuntos ligados a la economía, por establecer el marco para el ejercicio de la actividad económica tienen carácter vinculante, tanto para las autoridades públicas como para los particulares. En especial, dichos principios y reglas permiten confrontar en términos de validez las políticas económicas y sociales que adoptan el legislador y el gobierno, cuya discrecionalidad política forzosamente resulta limitada. Las normas de la Constitución que se refieren a la vida económica y social, plasman principios, reglas y, además, fijan metas. En su conjunto conforman un orden que se erige en patrón de validez constitucional de las políticas que se formulan y ejecuten por parte de los órganos del Estado y, al mismo tiempo, indican a estos el sentido que debe inspirar el ejercicio diario de sus competencias”*.

Por otra parte, en la Sentencia C-1064 de 2001 determina claramente que *“El Estado Social de Derecho no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de Gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas”*.

## 2. LAS FINANZAS DEL ESTADO Y LA LIMITACIÓN DE RECURSOS

La situación fiscal del Estado colombiano amerita una breve y serena reflexión. La más actualizada información responde al año fiscal de 2009. Para ese efecto, pueden tomarse como base distintas fuentes, verbigracia, los resultados obtenidos por la Contraloría General de la República CGR, los del Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS, y los reportes del Banco de la República. Un análisis comparativo de las distintas cifras nos permite obtener una visión mucho más completa sobre la realidad fiscal del Estado colombiano. Basta revisar las cifras globales para comprender la problemática fiscal.

El Sector Público No Financiero SPNF arrojó en 2009 un déficit de 12,97 billones, lo cual equivale al 2,6% del PIB. El más importante agente que presionó este déficit fiscal fue el Gobierno Nacional Central, comoquiera que su déficit pasó entre 2008 y 2009 de 12,2 billones a 20,7 billones. El resto del sector público fue superavitario, pero en inferior monto al superávit del 2008, toda vez que disminuyó de 13,4 billones a 8,8 billones. Es esta combinación lo que nos da la cifra de 12,97 billones de pesos como déficit del SPNF durante el 2009.

Es importante recordar las fuentes totales del Presupuesto Nacional para la vigencia de 2009, cuya programación definitiva se estimó en 138,1 billones, equivalentes al 27,8% del PIB. De esas



Fuentes, el 57% provino de recursos corrientes, el 36.6% de recursos de crédito y otros del Tesoro, y el 5,2% de fondos especiales.

Una preocupación que salta a primera vista al analizar las cifras globales radica en la evolución comparativa de los ingresos y los gastos. Mientras los ingresos aumentaron en 4,8% entre 2008 y 2009, los gastos lo hicieron en un porcentaje del 13,9%. Básicamente los gastos se distribuyen de la siguiente forma: el 52,5% se destina a los Gastos de Funcionamiento, categoría en la cual el 39% estuvo representado por la programación presupuestal para atender lo relativo a las transferencias; otro 27,5% se destinó a cubrir el servicio de la deuda pública, de la cual el 21,1% correspondió al servicio de la deuda interna y el restante 6,4% al servicio de la deuda externa.

### 3. LA SOSTENIBILIDAD FISCAL COMO HERRAMIENTA FINANCIERA

La consecución de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es una tarea titánica. Colombia ha hecho grandes avances en ese sentido y fue precisamente por medio de la Carta Política de 1991 que se produjo el salto cualitativo que permitió reconocer derechos a ciudadanos de manera contundente. Lamentablemente en nuestro país la extrema pobreza, las enormes desigualdades sociales, los malos manejos de los recursos públicos, la carencia de un aparato productivo incluyente y generador de oportunidades de crecimiento personal y económico, entre otras causas, han relegado a buena parte de la población a lo que la jurisprudencia y la doctrina ha llamado “estado de cosas inconstitucional”. Las necesidades insatisfechas de la población son de proporciones críticas, el respecto por la dignidad humana es una lucha que se libra todos los días en el país. Corresponde al Estado ofrecer las soluciones para superar esta situación, pero es evidente que el cambio tiene que derivarse de un proceso en el cual sea posible articular el cumplimiento del respeto por la dignidad humana, con la existencia de los recursos necesarios para hacerlo realidad para todo colombiano.

Recientemente en su columna del periódico “*ámbito jurídico*” el ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Javier Tamayo Jaramillo, trae unos ejemplos absolutamente alarmantes. Trae a colación la sentencia C-370 de 2006 de la H. Corte Constitucional en la cual se determina que el Estado deberá responder íntegramente por todos los daños individuales y colectivos causados por grupos paramilitares que se hayan acogido a la famosa Ley 975 de 2005. Menciona igualmente la sentencia de 29 de junio de 2010 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual se condena al Estado a indemnizar a 90 personas de manera individual y colectiva por reparación de homicidio y desplazamiento de los grupos de autodefensas que podría valerle al erario público (una vez liquidada) la espeluznante suma de 9000 millones de dólares.

En otras oportunidades los fallos de los jueces han sido exorbitantes y en ese sentido ajeno a la realidad fiscal del país. Ejemplo de ello es la sentencia

de tutela que obliga al Estado a la construcción de cárceles dignas, cuyo cumplimiento aún se encuentra pendiente. La sentencia que obliga al Estado a garantizar medicina integral para todo el que así lo necesite. El innumerable número de sentencias de tutela que obligan al cubrimiento de medicamentos de servicios excluidos del POS y que tienen al Fosyga al borde de la quiebra.

Es cierto que los jueces fallan conforme a la ley. Lo más probable es que en la enorme mayoría de casos, las órdenes de los jueces sean ajustadas a derecho. Pero lamentablemente también es cierto que el Estado colombiano no tiene suficientes recursos para cumplir con las exigencias de quienes pueden materializar sus derechos a través de mecanismos jurídicos como la tutela, y las demandas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y al mismo tiempo cumplir con el mandato constitucional de llevar la dignidad humana a todos los ciudadanos colombianos.

La consecución de los objetivos del Estado Social de Derecho, para ser una realidad posible en el mediano y largo plazo, para toda la población colombiana, debe enmarcarse en una estrategia progresiva que avance coordinadamente hacia ese objetivo. La sostenibilidad fiscal del Estado debe ser un medio para tal fin. Las sentencias que reconocen en casos individuales los derechos de las personas no son una solución de mediano y largo plazo para el grueso de la población colombiana. Reconocer hoy derechos ciudadanos de manera desmedida sin atender la capacidad financiera del Estado, no solo es irresponsable con las generaciones futuras, sino que atenta contra los derechos de quienes no pueden acceder a dichos mecanismos hoy. Ante la perspectiva real de quiebra por parte de un Estado que no tiene los medios suficientes para cumplir con el mandato constitucional, debemos reflexionar acerca de la manera como queremos materializar el Estado de Social de Derecho. Debemos reflexionar acerca del ritmo que podemos financiar, sin incurrir en créditos de deuda pública externa que a la larga generen un mayor agujero por la obligación de atender el servicio de la deuda. El déficit fiscal del Gobierno central demuestra que un mayor endeudamiento puede que nos saque de apuros temporalmente. Pero con el crecimiento exponencial de erogaciones presupuestales para cumplir con las sentencias judiciales, no tardaremos en estar solicitando nuevos recursos. El Estado Colombiano tiene que ser consciente de sus propias limitaciones. La sostenibilidad fiscal debe fungir como una herramienta financiera para asegurar la independencia y la soberanía nacional. No podemos pretender gastar lo que no tenemos. El manejo responsable de las finanzas públicas debe ser una prioridad para todas las ramas del poder público. La vigilancia sobre el recaudo, la distribución y la gestión de todo recurso público debe convertirse en un tema prioritario para el Estado, pues son esos recursos los que hacen falta para materializar los objetivos trazados en 1991.

#### 4. LOS PRINCIPALES RIESGOS FISCALES DEL ESTADO COLOMBIANO

##### EL PASIVO PENSIONAL

Si bien en el ejercicio anterior el pasivo pensional tuvo un comportamiento superavitario, no se debe olvidar que se trata de un problema estructural de las finanzas públicas.

EL Documento CONPES 3358 explica la situación de manera contundente. Dice que el monto de la deuda pensional es extraordinario, y que naturalmente incide en las proyecciones fiscales que se hagan de las transferencias que requiere para su cumplimiento. La divergencia entre ingresos y gastos ha marcado la pauta en la evolución del sistema pensional colombiano, lo que ha implicado una significativa reducción de las reservas. Eso ha llevado a que el Gobierno central tenga que aumentar los montos transferidos al sistema, lo cual ha ejercido presión sobre el gasto público del nivel central. Textualmente dice:

*“En otras palabras, desde hace algún tiempo el sector público hace pagos de pensiones netos de contribuciones al sector privado y estos han venido aumentando significativamente durante los últimos años.*

*Es importante tener en cuenta que estos pagos no corresponden a compromisos adquiridos en el periodo corriente de este gobierno. Por el contrario, estos corresponden a cancelaciones de obligaciones ya existentes. Según estimaciones del Ministerio de Hacienda, usando datos del DNP, el valor presente neto del pasivo pensional (2006) a cargo de la Nación asciende a 144% del PIB”.*

##### EL SISTEMA DE SALUD

Según el documento denominado “*El Régimen de Seguridad Social en Salud: problemas financieros, medidas adoptadas y retos para el futuro próximo*”, elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: “*Colombia gasta 6.3% del PIB anual en salud, lo cual sitúa al país en una posición intermedia en el contexto latinoamericano, por encima de Chile, México y Perú y por debajo de Argentina y Brasil. Por otra parte, cuando se desagrega el gasto total en salud, Colombia refleja una alta participación de gasto público (84.2% del total) y un bajo nivel de gasto de bolsillo*”.

Según el informe “*los recursos destinados a salud, especialmente los recursos públicos, han permitido resultados importantes en materia de cobertura, especialmente de la población más pobre y vulnerable. Mientras la población colombiana pasó de 41.3 millones en 2002 a 44.9 millones en 2009, la cobertura total en salud aumentó de 24.6 millones a 41,1 millones en el mismo lapso, superando en porcentaje el 90% de la población total. El incremento en la cobertura se refleja especialmente en el régimen subsidiado, donde el número de afiliados se ha más que duplicado, de 11.4 millones de colombianos a 23 millones entre 2002 y 2009.*

Según las cifra que presenta el Gobierno “(...) el régimen contributivo también ha aumentado la cobertura; los afiliados pasaron de 13.2 millones a

*18.1 millones en el período analizado. Este menor crecimiento se explica por un ritmo de creación de empleo inferior al esperado en el momento de la promulgación de la Ley 100 de 1993, y por altos niveles de informalidad, a su vez asociados parcialmente con el comportamiento del crecimiento económico, también inferior al supuesto en el diseño del sistema”.*

Desde la Sentencia T- 760 de 2008 que analizaremos más adelante, el panorama de la salud en Colombia se ha aclarado, pero así mismo se han evidenciado sus fallas. El informe señala que “*desde el segundo semestre de 2008 el número de recobros NO POS comenzó a incrementarse de manera acelerada, especialmente los autorizados por CTC, en parte como producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que buscaba disminuir el acceso a dichas prestaciones mediante el mecanismo de tutela. En efecto, en 2008 se presentaron 138 mil recobros mensuales en promedio, mientras que en 2009 esta cifra se incrementó en 57%, llegando a 217 mil recobros al mes. Este incremento fue especialmente significativo en los recobros por CTC, que pasaron de un promedio de 68 mil por mes a 132 mil, con un incremento de 94%. En el caso de recobros por tutela, la cifra pasó de un promedio de 74 mil al mes a 85 mil, con un aumento de 21%*”.

Según información facilitada por ACEMI (gremio de las EPS de régimen contributivo) el valor total de recobros (por parte de dichas EPS) en 2009 fue de \$1.57 billones mientras el total de recobros presentados al Fosyga por la totalidad de entidades se acercó a los \$2 billones. Dentro del total de recobros No POS presentados por esta muestra de EPS (\$1.57 billones), el costo de los medicamentos ascendió a \$962 mil millones, es decir el 60% de los recobros totales.

Por otra parte hay que resaltar la importancia que tiene para la debate de la salud en Colombia la sentencia de tutela **T-760 2008** del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Se trata de un monumental esfuerzo, por dar luces en la interpretación y aplicación de los principios constitucionales, en lo referente al derecho a la salud, aterrizando a realidades concretas y sistematizando el tratamiento para casos que comportan el mismo problema jurídico. En dicha sentencia precisamente se entra a examinar el tema de la progresividad en la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. Hemos seleccionado algunos apartes que consideramos de especial importancia.

*“Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico),<sup>[46]</sup> o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de*

todo bebé durante su primer año de vida -art. 50, C. P.-) Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, esta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

Y más adelante: “La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.

Para el Magistrado Ponente la progresividad debe plasmarse en planes de acción concretos, en cronogramas reales, no en meras expectativas de cumplimiento: “Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, si tiene derecho a que por lo menos exista un plan”.

Continúa citando jurisprudencia de la corporación: “En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas. En la Sentencia T-595 de 2002 se indicó al respecto lo siguiente,

“No poder garantizar de manera instantánea el contenido prestacional del derecho es entendible por las razones expuestas; pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada con-

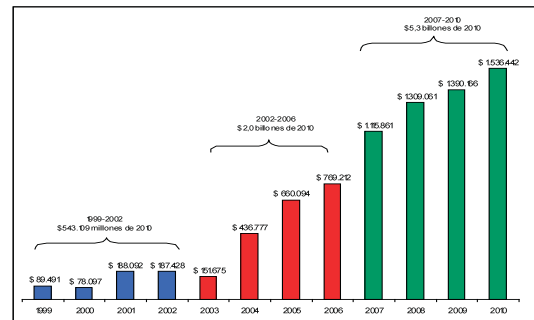
duzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisiblemente constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado. Precisamente por el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no sólo discutir o diseñar una política de integración social [para discapacitados], sino adelantarla”.

Es imposible hacer un análisis pormenorizado de la sentencia, por su extensión y complejidad, pero debe servir para sentar las bases del concepto de progresividad para marcar la ruta entre la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. Concepto que en la presente ponencia cobra especial importancia por ser definitorio del sentido de la modificación constitucional.

**POBLACIÓN DESPLAZADA**

Colombia es uno de los países con mayores índices de desplazamiento interno. La violencia en la zona rural ha generado una fuerte tendencia de los habitantes del campo de ir a la ciudad. El Gobierno nacional ha asumido como política pública la atención de esta población vulnerable y ha puesto en marcha varios programas con el objetivo de garantizar sus derechos constitucionales y legales. Según cifras del DNP, el Gobierno nacional ha hecho un esfuerzo importante en el periodo comprendido entre 2002 y 2010. Al respecto el Departamento Nacional de Planeación afirma que: En consecuencia, los recursos actualmente asignados para este fin se han multiplicado casi 10 veces entre el período 1999-2002 (\$543 mm) y el período 2007-2010 (\$5,3 billones), en pesos constantes de 2010, como muestra el gráfico 12.1.

**GRÁFICO 12.1**  
**Recursos destinados a la prevención, atención y reparación de la Población Desplazada (1999-2010) -**  
Millones de pesos 2010



Fuente: DNP- DIFP (2010)

El informe subraya que dicho esfuerzo presupuestal ha sido realizado en el marco de un proceso de ajuste fiscal y de una crisis económica mundial.

“De esta manera, aún cuando se logró una mejora sustancial en los indicadores fiscales, lo cual impuso restricciones al gasto público, la atención a



la población desplazada permaneció en la agenda del Gobierno y los recursos destinados a ella crecieron constantemente”.

Ahora bien, es claro que la crisis financiera mundial de 2008, sumada a la difícil situación con Venezuela ha complicado el panorama. Si bien el Gobierno ha procurado no reducir el gasto para mantener una postura anti cíclica, esto se ha reflejado en un crecimiento del déficit en 2009, señala el informe. La protección incluyó sectores de alto impacto en el crecimiento y el empleo, proyectos de infraestructura y apoyo productivo y programas sociales para población vulnerable.

#### LEY DE VÍCTIMAS

Recientemente el Gobierno Nacional presentó el proyecto para la denominada «Ley de Víctimas». Consideramos pertinente traer a colación algunos apartes que reflejan el enorme reto presupuestal que enfrenta el país. En primer lugar, respecto de la limitación de la reparación administrativa encontramos:

*“La CIDH manifestó su preocupación por el contenido del proyecto de ley que se discutió el año anterior, particularmente en lo relacionado con la limitación de la reparación administrativa sólo a víctimas de grupos armados organizados al margen de la ley y la pretensión que tal proyecto contenía de establecer topes a la reparación de carácter indemnizatorio, lo cual resultaría lesivo al principio de la reparación integral. Estas potenciales falencias fueron corregidas y superadas en el texto que se somete a su consideración”.*

Y en el mismo sentido más adelante:

*Ahora, frente a la situación de desplazamiento en Colombia, la CIDH afirma que el fenómeno del desplazamiento interno continúa afectando a la población civil en Colombia. “El Registro Único de Población Desplazada registra una cifra total de 3.226.442 de desplazados internos hasta el 30 de septiembre de 2009. Por su parte, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) habla de un total de 4.629.190 desplazados internos hasta finales de 2008”.*

La aspiración del Gobierno es poder ofrecer una reparación integral, en su dimensión individual y colectiva. Igualmente aspira poder conceder indemnizaciones apropiadas y proporcionales. Señala la exposición de motivos:

*Así, en una posición garantista de los derechos de las víctimas, a través del Decreto 1290 de 2008, se creó el Programa de Reparación Individual por Vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, sostenido en el derecho de las víctimas de ser reparadas y en el principio de solidaridad, teniendo claro que las medidas que se otorgan no excluyen otras medidas de reparación que devengan de un proceso judicial, sino que, antes bien, las complementan.*

*Es importante señalar que los recursos actualmente asignados para este fin se han multiplicado casi 10 veces entre el período 1999-2002 y el período 2007-2010. En lo referente a la evolución de la programación de recursos, entre 1999 y 2002 el*

*monto del Presupuesto General de la Nación- PGN destinado a la prevención y protección, atención y reparación de la población desplazada alcanzó \$543.109 millones de 2010; entre 2003 y 2006 este ascendió a \$2,0 billones de 2010, mientras que entre 2007 y 2010 el monto destinado a la atención de dicha población, a través del Presupuesto General de la Nación, se estima en \$5,3 billones de 2010<sup>1</sup>.*

#### DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN

Según un estudio elaborado por el Doctor Néstor Raúl Correa Henao, publicado en la Revista de la Maestría en Derecho Económico de la Universidad Javeriana, “en el período 1997 a 2003, 3.000 trabajadores estatales obtuvieron US\$8 millones de dólares en condenas en contra del Estado y 2.000 víctimas en su mayoría del conflicto armado obtuvieron US\$30 millones de dólares en condenas en contra del Estado, mientras que sólo 42 contratistas hoy van a obtener US\$1.500 millones de dólares en condenas contra el Estado. Ello significa que, aproximadamente, sobre un 100% del total de las condenas y demandantes en el período señalado, de US\$1.538 millones de dólares pagado o por pagar a 5.042 personas, a los trabajadores (el 59.5% de los demandantes) les corresponde el 0.5% del dinero de las indemnizaciones, a las víctimas del conflicto (el 39.6% de los demandantes) les corresponde el 1.9% y a los contratistas (el 0.85 de los demandantes) les corresponde el 97.5%. Si bien estas cifras tienen evidentemente un margen de error, ellas son indicativas del DES-BALANCE social de los beneficiarios de las indemnizaciones”. El juicioso análisis de este destacado docente refleja la enorme necesidad de estructurar mecanismos eficientes para la defensa judicial del Estado Colombiano. Pero independientemente de las causas el riesgo persiste, y presupuestalmente afecta el balance de las finanzas públicas.

Por su parte el Contralor General de la República saliente Dr. Julio César Turbay Quintero, manifestó en varias oportunidades que las pretensiones de las demandas contra el Estado alcanzan actualmente a ser tres y media veces el presupuesto de 2010. La suma podría ser superior a los 600 billones de pesos. Especialmente resalta un proceso contra el Ministerio de Agricultura especialmente cuantioso. Es decir que existe un pasivo contingente enorme que puede afectar seriamente la estabilidad macroeconómica del país.

#### **5. LA SOSTENIBILIDAD FISCAL, UNA HERRAMIENTA ÚTIL**

El Proyecto de acto legislativo pone de presente un tema cuya discusión no puede seguir posponiéndose. Claro que es sano establecer la sostenibilidad fiscal. No solamente la lógica gerencial, sino el más simple sentido común apuntan en la misma dirección. El mismo principio de homeostasis presupuestal se deriva de esa misma lógica. Pero eso implica que debemos desarrollar el concepto de la progresividad en la construcción del Estado So-

<sup>1</sup> Capítulo V, 5.1.3. Avances y resultados en la asignación de recursos para atender a la población desplazada, – Informe del Gobierno Nacional 1° de julio de 2010.

cial de Derecho. Y lo que es más importante, esta construcción progresiva no puede quedarse en letra muerta. Tiene que obedecer necesariamente a políticas públicas de largo plazo por parte del ejecutivo, a leyes que atiendan la realidad fiscal del país, y a decisiones judiciales que se enmarquen en las posibilidades reales del fisco. No podemos materializar el Estado Social de Derecho con simples promesas. Tienen que existir planes concretos que permitan vislumbrar el cumplimiento paulatino de los fines esenciales del Estado en el mediano plazo. Pero tampoco podemos renunciar a la existencia misma del Estado por carecer de viabilidad financiera reflejada en la capacidad de restricción y racionalización del ritmo en el cual queremos materializar el bienestar del pueblo.

Por otra parte hay que hacer absoluta claridad que el primer obligado a garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado es el mismo gobierno. Sea este el momento para decir que el manejo de los recursos públicos, bien sea en el recaudo, en la ejecución o en la vigilancia corresponde en primer término al mismo Gobierno. Es el Gobierno quien desde el inicio debe velar porque existan recursos suficientes a través de un eficiente recaudo tributario, de una política pública de atracción a la inversión extranjera responsable y digna, de una liquidación de regalías de recursos naturales no renovables justa y equitativa, de una estructuración y ejecución seria de los grandes proyectos de infraestructura, de políticas de privatización responsables que generen valor agregado para la economía nacional, entre muchos otros temas.

Introducir el derecho de sostenibilidad fiscal, significa que TODAS las ramas del poder público deben contribuir a la consecución de los fines del Estado Social de Derecho desde donde la Carta Política así se los ordene. Significa que también el ejecutivo demuestre a través del diseño y ejecución oportuna y eficiente de políticas públicas serias y responsables que la sostenibilidad fiscal del Estado Colombiano es una prioridad para todos.

No puede aducirse que para asegurar la sostenibilidad fiscal del Estado, que es por supuesto un derecho de interés general, se van a hacer nugatorios los avances de la Constitución de 1991. Y lo que es más importante aún ; no puede el Gobierno pregonar la sostenibilidad fiscal por un lado, mientras que por el otro falla en su intento por detener la corrupción, otorga concesiones para la explotación de recursos naturales no renovables a empresas multinacionales con excesivos beneficios, ofrece el aparato productivo estatal a procesos de privatización mal diseñados, etc. Este tipo de actuaciones también serían violatorias del derecho a la sostenibilidad fiscal de interés general en torno al cual gira el presente debate.

## 6. QUO VADIS, Colombia?

Tomando estas señas identitarias del concepto de Estado Social de Derecho, no podemos negar el contenido económico que este por principio tiene, fundamentalmente en el sentido de trazar como fin la igualdad material de todos los asociados, más

aún en un siglo caracterizado por la tensión constante entre las normas y la economía de mercado, pues como bien lo advierte Parejo Alfonso “*el valor conferido actualmente al mercado para la satisfacción de las necesidades sociales puede llegar a determinar un profundo trastocamiento de la interpretación del orden constitucional; trastocamiento que debe considerarse ilegítimo cuando traduce o expresa una reducción del sistema democrático-social a la dimensión propia del mercad-consumo (al tomarse la dimensión del cliente-consumidor como la parte más importante y capaz, por ello, de caracterizar al ciudadano)*”<sup>2</sup>.

La igualdad material, como criterio interpretador de la profundización del Estado Social de Derecho en una comunidad nacional, es justamente la principal herencia que este concepto deja al mundo del derecho, en miras a concretar el ideal de justicia que lo sustenta: es por eso que las controversias alrededor de este tratan de establecer los mecanismo económicos y políticos destinados a resolver los conflictos sociales (y de desigualdad) aún presentes en una sociedad como la colombiana. De ahí que, en concepto de la entidad autora del proyecto, un punto de partida en este sentido es la consagración constitucional de la sostenibilidad fiscal como criterio interpretador del bien hacer de la política económica del Estado en función de los sectores vulnerables de la población.

Así, mientras en el mundo del derecho la igualdad formal encuentra su satisfacción en la expedición de normas jurídicas consagradoras de derechos y garantías, la igualdad formal demanda un dúo decisión-acción que es en gran medida de orden económico.

Cuando la Constitución Política consagra en su artículo 334 que el Estado es el director general de la economía, y le otorga un poder de intervención en ella, consagra que si bien existe una libertad de empresa, esa misma libertad no es absoluta pues está supeditada al deber estatal de perseguir el bien general, que en clave de Estado Social de Derecho tiene nombre propio: igualdad material. Estamos entonces ante lo que comúnmente se denomina “economía social de mercado”.

La Corte Constitucional, ha señalado esclarecedoramente un criterio interpretativo, que en nuestro concepto apunta a resolver la evidente tensión entre derechos ciudadanos y limitación económica estatal, al decir: “*Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado*

<sup>2</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios sociales”, en *Revista de Administración Pública*, no. 153, septiembre-diciembre de 2000. Pág. 227



*Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. (...) De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado Social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos”<sup>3</sup>.*

*“(L)a Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital”<sup>4</sup>.*

*“El artículo 1° de la Carta define al Estado colombiano como un Estado social de derecho<sup>5</sup>, de lo cual se desprende el deber de especial protección a los grupos más débiles y vulnerables de la población (C. P., artículo 13), así como la consagración de un importante catálogo de derechos económicos, sociales y culturales (C. P., artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65, 66, 67, 70 y 71). Adicionalmente, la Carta le confiere una incuestionable prioridad al gasto social (C. P., artículo 350) y le adjudica tareas sociales a las autoridades públicas (C. P., artículo 366) entre otras”<sup>6</sup>.*

Encontramos, en conclusión, que el planteamiento de dar rango constitucional a la sostenibilidad fiscal, consagrándola como un derecho de todos los ciudadanos, es un mecanismo razonable a la luz de la búsqueda adecuada de la igualdad material en un entorno económico vulnerable como el colombiano, en el que los recursos financieros por sí solos no plantean una solución en un solo paso y absoluta. En consecuencia, debemos considerar proporcionales las medidas que implicaría incorporar el concepto de sostenibilidad fiscal a la Constitución Política.

Por otra parte, el concepto de progresividad es doctrinariamente entendido frente a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que plantea por Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, implica una noción de categorizar como principios estas normas que plantean ideales que debe perseguir el Estado, y que le dan su razón de ser. Este autor alemán plantea la idea de estos como “mandatos de optimización”, que ordenan que algo debe hacerse en la medida de lo posible, en la medida de los recursos disponibles, en relación con las posibilidades fácticas<sup>7</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la gran preocupación frente al principio-concepto de progresividad es que sirva como patente de corso, licencia teórica, o sustento argumentativo para la inmovilidad de los aparatos estatales frente a la concreción de acciones positivas puntuales que rediman a los ciudadanos más débiles de su condición de vulnerabilidad. En este punto vale aclarar que este presupuesto no está contemplado jurídicamente como elemento de la progresividad de los derechos, ni es aceptable como explicación de la inacción estatal.

Como lo plantea la Corte Constitucional en la sentencia T-016 de 2007, al modificar la doctrina y considerar que **todos** los derechos son fundamentales, sin importar la caracterización, señaló específicamente:

*“El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).*

*Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que **todos** los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>5</sup> “Al establecer que el Colombiano es un Estado social de derecho (C. P., artículo 1°), la Carta hace explícito el poder deshumanizador de la pobreza y hace eco de la tesis según la cual la autonomía humana es sólo una ilusión mientras el individuo no haya resuelto sus necesidades materiales más básicas. En este sentido, la Corte ha señalado que “[l]a cláusula del Estado social de derecho, tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad” (SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1083 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>7</sup> Alexy lo señala indicando que son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

*De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).*

*Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”.*

Más aún, existen puntos de cierre que impiden, en principio, el retroceso que el Estado haya materializado en ejercicio de su deber de procurar la igualdad material para todos los ciudadanos.

La teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales, planteada por Konrad Hesse, ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional al precisar que *“implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia configuración de libertad del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades deben demostrar que existen imperiosas*

*razones que hacen necesario este paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”*<sup>8</sup>.

En este sentido, encontramos que la razonabilidad y proporcionalidad que planteamos para la consagración de la sostenibilidad fiscal como mandato constitucional, en procura de asegurar los recursos económicos que materialicen el Estado Social de Derecho, no puede pretermitir el deber constitucional estatal de tomar medidas activas que hagan realidad los mandatos de este rasgo que ya previamente definimos como fórmula definitoria que desde 1991 enmarca a la República.

### PLIEGO DE MODIFICACIONES

En concordancia con las anteriores consideraciones, se estima prudente darle forma al derecho a la sostenibilidad fiscal. Esto es, trazar los límites en los cuales puede ser invocado, y en todo caso poner de presente su función última. El marco de sostenibilidad fiscal así como el derecho a la sostenibilidad fiscal, no pueden en ningún caso oponerse a las principales características definitorias del Estado Social de Derecho en Colombia.

Consideramos importante aclarar en la primera oración del artículo 334, que cuando hablamos de Estado, dicha noción comprende tanto el nivel nacional como territorial. Pero a raíz del primer debate en la Comisión Primera, la propuesta ha sido levemente reformada. De suerte tal que se propone eliminar la expresión: **“en sus niveles nacional y territorial según corresponda”**, y por otro lado adicionar más adelante la expresión: **“en el plano nacional y territorial”** como veremos a continuación.

Adicionalmente, el concepto de progresividad que se utiliza en el texto, deberá entenderse en el mismo sentido que lo ha desarrollado la Corte Constitucional. Es decir, que para poder invocar la progresividad como vehículo para la concreción de los derechos sociales y económicos, debe existir en efecto un cronograma real, pues de lo contrario estaríamos frente a una mera expectativa de cumplimiento que terminaría por posponer la materialización del Estado Social de Derecho de manera indefinida.

Por las razones planteadas, proponemos se adicione al primer inciso del artículo 334 propuesto la siguiente oración: **Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho.** Pero en lugar de la oración adicional al final del último inciso del artículo 334 propuesto que a la letra reza: **“En todo caso el gasto destinado a la concreción de los fines del Estado Social de Derecho tendrá carácter prioritario”**, a raíz del debate generado en Comisión Primera, y en especial según la opinión manifestada por el Representante Bocanegra, se acordó que el sentido de esta oración debía quedar al final del primer inciso del artículo 334 propuesto como veremos a continuación.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynnett.

De manera tal que el artículo 334 propuesto quedaría de la siguiente manera:

**Artículo 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

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

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad.

#### Proposición:

En atención a las anteriores consideraciones, de manera atenta proponemos a la honorable Cámara de Representantes, dar **segundo debate al Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 Cámara**, por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, con el articulado siguiente según las modificaciones planteadas anteriormente:

#### TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010 CÁMARA

*por el cual se establece el Derecho a la Sostenibilidad Fiscal para Alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de

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

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad.

**Artículo 2°.** El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

“Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

**Artículo 3°.** El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

“El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al plan nacional de desarrollo”.

**Artículo 4°.** Este acto legislativo rige desde su publicación.



De los honorables Congressistas,

*Jaime Buenahora Febres, Adriana Franco Castaño, Miguel Gómez Martínez, Heriberto Sanabria Astudillo, Germán Varón Cotrino, Fernando de la Peña, Ponentes.*

**TEXTO APROBADO EN LA COMISIÓN PRIMERA EN PRIMER DEBATE (PRIMERA VUELTA) AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010, CÁMARA**

*por el cual se establece el Derecho a la Sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1º.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

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

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva.

El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad. En todo caso el gasto destinado a la concreción de los fines del Estado Social de Derecho tendrá carácter prioritario.

**Artículo 2º.** El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

**Artículo 339.** Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano

plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

(...)

**Artículo 3º.** El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

**Artículo 346.** El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al plan nacional de desarrollo”.

(...)

**Artículo 4º.** Este acto legislativo rige desde su publicación.

En los anteriores términos fue aprobado sin modificaciones el proyecto de acto legislativo, el día 6 de octubre de 2010, según consta en el Acta número 20 de esa misma fecha; así mismo el citado proyecto de acto legislativo fue anunciado para discusión y votación el día 5 de octubre de 2010, según consta en el Acta número 19 de esa misma fecha.

*Emiliano Rivera Bravo,*

Secretario Comisión Primera Constitucional.

\* \* \*

**INFORME DE PONENCIA SEGUNDO DEBATE ANTE LA PLENARIA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 161 DE 2009 CÁMARA**

*por medio de la cual se autorizan incentivos a las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares del ICBF y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., septiembre 29 de 2010

Doctora

ELIZABETH MARTÍNEZ BARRERA

Secretaria

Comisión Tercera

Cámara de Representantes

Ciudad

Respetada doctora:

En atención a la designación hecha por la Mesa Directiva de la Comisión Tercera de la honorable Cámara de Representantes, los suscritos ponentes nos permitimos presentar para la consideración y segundo debate en la plenaria de la honorable Cámara de Representantes, el correspondiente **Informe de Ponencia** al proyecto de ley de la referencia, previas las siguientes consideraciones.

**1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PROYECTO**

El Proyecto de ley número 161 de 2009 Cámara, *“por medio de la cual se autorizan incentivos a las asociaciones de padres de familia de los res-*

*taurantes escolares del ICBF y se dictan otras disposiciones*", fue aprobado en primer debate por la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, sin modificaciones.

El proyecto pretende autorizar al Gobierno Nacional para declarar como no contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios a las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 1º), eliminar la calidad de agentes de retención de los mismos (artículo 2º), declarar exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros las cuentas cuyos titulares sean las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 3º) y que las asociaciones de hogares comunitarios lleven un libro de registro de operaciones diarias (artículo 2º).

De acuerdo a la exposición de motivos del proyecto su objetivo es el de Garantizar la asistencia alimentaria, la calidad y la cobertura de los beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar del ICBF, a través de incentivos a las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que *"permitan garantizar que el ciento por ciento de los recursos"* sean destinados a los beneficiarios del sistema.

Según lo señala el autor del proyecto Las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar son personas jurídicas sin ánimo de lucro y creadas mediante resolución expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuya función es la de proporcionar Asistencia Alimentaria al escolar para mejorar el aprendizaje, favorecer la asistencia regular a la escuela y la formación de hábitos alimentarios saludables de la población escolar beneficiaria del programa de Restaurantes Escolares. Los restaurantes escolares atienden a casi 4 millones de niñas y jóvenes, estudiantes del Nivel I y II del Sisbén, pertenecientes a instituciones educativas oficiales, con lo cual se busca incrementar la asistencia de los niños, niñas y adolescentes al sistema educativo, disminuir la deserción y mejorar el desempeño de los escolares.

Citando nuevamente al autor del proyecto de ley, este busca equiparar en materia tributaria Las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a los sindicatos, las asociaciones de padres de familia, las sociedades de mejoras públicas, las Instituciones de Educación Superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, que sean entidades sin ánimo de lucro, los hospitales que estén constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, las organizaciones de alcohólicos anónimos, las juntas de acción comunal, las juntas de defensa civil, las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales, las asociaciones de ex alumnos, los partidos o movimientos políticos aprobados por el Consejo Nacional Elec-

toral, las ligas de consumidores, los fondos de pensionados, así como los movimientos, asociaciones y congregaciones religiosas, que sean entidades sin ánimo de lucro.

Pretende el autor que con esta iniciativa legislativa se reconozca la igualdad de las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con las personas jurídicas que cuentan con estos incentivos tributarios para cumplir sus fines.

## 2. CONSIDERACIONES AL PROYECTO

### 2.1. Artículo 1º. Beneficio ya legislado

Si bien el proyecto de ley en mención es loable en su objetivo, se debe precisar que los beneficios o incentivos que allí se contemplan ya se encuentran consignados en la actual legislación.

El régimen tributario aplicable a las asociaciones de padres de familia, se encuentra previsto en el estatuto tributario, entre otras, en las disposiciones que a continuación se relacionan:

*"Artículo 23. Otras entidades que no son contribuyentes. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta, los sindicatos, las **asociaciones de padres de familia**, las sociedades de mejoras públicas, las instituciones de educación superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, que sean entidades sin ánimo de lucro."... (Resaltado fuera de texto).*

*"Artículo 598. Entidades obligadas a presentar declaración. Por los años gravables 1987 y siguientes, están obligadas a presentar declaración de ingresos y patrimonio, todas las entidades no contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, con excepción de las siguientes:*

(...)

*b) Las juntas de acción comunal y defensa civil, los sindicatos, las **asociaciones de padres de familia**, y las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal" (resaltado fuera de texto)".*

Interpretando los artículos citados y refiriéndose a las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares del ICBF, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, autoridad en materia tributaria, en concepto 88149 del 11 de septiembre de 2008<sup>1</sup> precisa, que *"...las entidades sin ánimo de lucro, constituidas como asociaciones de padres de familia **no son contribuyentes del impuesto de renta (...).** De esta manera, las asociaciones de padres de familia que coadyuvan al cumplimiento de los propósitos de las asociaciones de*

<sup>1</sup> Se consulta si las asociaciones de hogares comunitarios que ejecuten exclusivamente recursos del ICBF se pueden asimilar a las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares para efectos de lo dispuesto en el Decreto 2707 de 23 de julio del 2008; y si es así, qué responsabilidades corresponden a esta clase de asociación. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 88149 del 11 de septiembre de 2008). Ver también CIRCULAR DIAN NÚMERO 075 de agosto 28 de 2008.

*hogares comunitarios, (...) no son contribuyentes del impuesto sobre la renta (...)*” (subrayado fuera del texto).

En ese sentido, el artículo 1° del proyecto que pretende autorizar al Gobierno Nacional para declarar como no contribuyentes del impuesto sobre la renta a las mencionadas asociaciones (artículo 1°) redundante en la legislación existente.

### **2.2. Artículo 2°. Conexidad con el título u objetivo del proyecto /Obligación ya legislada.**

El artículo 2° del proyecto de ley, en una lectura literal, busca que las Asociaciones de Hogares Comunitarios lleven un libro fiscal o “registro de operaciones diarias” en el inciso segundo del artículo menciona que “*el cumplimiento de esta obligación por parte de las Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar equivale a llevar libros de contabilidad*” En primer lugar el artículo no distingue entre “*Asociaciones de Hogares Comunitarios*” y “*Asociaciones de Padres de Familia de los Restaurantes Escolares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*”, entidades jurídicas con objetos similares pero no equiparables en su constitución y efectos jurídicos (tributarios)<sup>2</sup>.

Los hogares comunitarios de bienestar atienden necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país, en tanto que, las asociaciones de padres de familia, como entidades jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, intervienen en los procesos de mejoramiento educativo, y de manera especial en el caso de los hogares comunitarios, coadyuvan en la función social de estos para lo cual conforman los comités que consideren necesarios para la buena marcha de los hogares<sup>3</sup>.

El título del proyecto hace referencia a la autorización de unos incentivos a las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares del ICBF, el artículo 1°, el parágrafo del artículo segundo y el artículo 3°, guardando coherencia con el título del proyecto, hacen alusión a estas asociaciones de padres, mientras que el artículo segundo hace mención no de un incentivo sino de un deber no para las asociaciones de padres sino para las asociaciones de hogares comunitarios, deber que consiste en llevar un libro de “registro de operaciones”

Tal como de manera reiterada ha sido señalado por la Corte Constitucional, el principio de unidad de materia, en su formulación más general, significa que todas las disposiciones que integran un proyecto de ley deben guardar correspondencia conceptual con su núcleo temático, el cual, a su vez, se deduce del título de la misma<sup>4</sup>. De tal manera

que propicie el ejercicio transparente de la función legislativa que implica la visibilidad de las normas, evitando la dispersión normativa<sup>5</sup>.

Si bien las asociaciones de hogares comunitarios tienen relación con las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares, del título del proyecto se deduce la consagración de unas normas que incentivarán las asociaciones de padres, más en su definición no están incluidas las asociaciones de hogares comunitarios, sobre las cuales, reiteramos existen claras diferencias. Además del título también se deduce que el proyecto trata de unos incentivos y no de unos deberes u obligaciones que no tienen relación directa con los incentivos de que trata el proyecto.

De acuerdo a lo expuesto el título del proyecto podría referirse por ejemplo, a una reforma, modificación o adición al Estatuto Tributario, de tal manera que abarque todos los temas a los que se refiere el proyecto, evitando dispersión normativa pues el proyecto, modificaría u adicionaría artículos del Estatuto Tributario.

Ahora bien, el artículo 1° del Decreto 2707 de 2008 establece que las Asociaciones de Hogares Comunitarios que ejecuten exclusivamente recursos asignados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y estén constituidas como entidades sin ánimo de lucro, deberán llevar un libro de “registro de operaciones diarias”.

Además el artículo 364 del Estatuto Tributario estableció la obligación para que las entidades sin ánimo de lucro, lleven libros de contabilidad en la forma que indique el Gobierno Nacional. Es decir, las entidades sin ánimo de lucro como las asociaciones de hogares comunitarios, están actualmente obligadas a llevar un libro de registro de operaciones diarias, de esta manera incluir una nueva disposición que establezca esta obligación resulta innecesario.

### **2.3. Parágrafo artículo 2°: Beneficio no es directo para las Asociaciones.**

El parágrafo único del artículo 2° del Proyecto precisa que las Asociaciones de Padres de Familia de los restaurantes escolares no ostenten la calidad de agentes de retención en la fuente.

<sup>2</sup> Al respecto ver: *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 88149, Ibídem.*

<sup>3</sup> *Ibídem.*

<sup>4</sup> Sentencia C-570 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>5</sup> Se evitan así, ha señalado la Corte, “... las incongruencias legislativas que aparecen en forma súbita, a veces inadvertida e incluso anónima, en los proyectos de ley, las cuales no guardan relación directa con la materia específica de dichos proyectos. Estas incongruencias pueden ser, entonces, el resultado de conductas deliberadas que desconocen el riguroso trámite señalado en la Constitución para convertir en ley las iniciativas legislativas”. Finalmente, la unidad de materia contribuye a consolidar el principio de la seguridad jurídica porque, por un lado asegura la coherencia interna de las leyes, las cuales no obstante que pueden tener diversidad de contenidos temáticos, deben contar siempre con un núcleo de referencia que les dé unidad y que permita que sus disposiciones se interpreten de manera sistemática, y por otro, evita que sobre la misma materia se multipliquen las disposiciones, en distintos cuerpos normativos, con el riesgo de que se produzcan inconsistencias, regulaciones ocultas e incertidumbre para los operadores jurídicos. (Sentencia C-523 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).



Al respecto valga decir que efectivamente las Asociaciones de Padres de Familia de los restaurantes escolares se consideran agentes de retención en la fuente de conformidad con el artículo 368 del estatuto tributario<sup>6</sup>; sin embargo el que ostenten o no ostenten la calidad de agentes retenedores no significa que se les aplique el impuesto de retención en la fuente; sus ingresos debido a la calidad de no contribuyentes que ostentan, no están sometidos a retención en la fuente en los términos del literal b) numeral 1° del artículo 369 del Estatuto Tributario.

El artículo 365 del Estatuto Tributario dispuso que el Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de **facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios**. De tal manera que se configura en un mecanismo con el que se pretende facilitar el recaudo del impuesto sobre aquellas personas que obtengan ingresos a través de las asociaciones de padres de Familia, y que tienen la calidad de contribuyentes, lo cual no implica una reducción en los recursos de la asociación sino de quien contrata o tiene negocios con esta, se configura en un mecanismo de cooperación para la recolección de impuestos y no una imposición de tipo económico perjudicial para los ingresos de las asociaciones de padres en mención.

#### 2.4. Artículo 3°. Beneficio ya existente.

El artículo 3° del proyecto de ley busca exonerar del Gravamen a los movimientos financieros las cuentas de *ahorro abiertas por las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares en entidades financieras y/o cooperativas de naturaleza financiera o de ahorro y crédito vigiladas por las superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente, que no excedan mensualmente de trescientas cincuenta (350) UVT*.

De acuerdo a la norma contenida en el numeral 1 del artículo 879 del Estatuto Tributario, no solo las personas naturales, sino también las personas jurídicas, pueden tener el beneficio tributario de seleccionar una única cuenta de ahorros en todo el sistema financiero colombiano para que en dicha cuenta, y sobre los primeros 350 UVT de retiros efectivos mensuales que realicen, no se les cobre el Gravamen a los Movimientos Financieros (4 x mil).

En dicha norma se lee hoy día lo siguiente:

#### **Art. 879 del ET: Se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros:**

1. (Modificado. L. 1111/2006, art. 42). *Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro abiertas en entidades financieras y/o cooperativas de naturaleza financiera o de ahorro y crédito vigiladas por las superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente, que no excedan mensualmente de trescientas cincuenta (350) UVT,*

<sup>6</sup> Cuando efectúen pagos o abonos en cuenta por cuenta propia deben practicarla; así mismo deben presentar la declaración respectiva. *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 88149, Ibidem.*

*para lo cual el titular de la cuenta deberá indicar por escrito ante el respectivo establecimiento de crédito o cooperativa financiera, que dicha cuenta será la única beneficiada con la exención.*

Como se ve, la norma no dice que el beneficio allí contemplado, sea exclusivo de las personas naturales, entonces, al considerarse que las asociaciones de padres de familia son entidades jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, estas pueden acceder al beneficio en las mismas condiciones contempladas en el artículo 3° del proyecto de ley de tal manera que el artículo redundaría en armonía con la legislación tributaria actual.

#### 2.5. Trámite de reserva

El artículo 154<sup>7</sup> de la Constitución Política advierte que las iniciativas que *decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales* son de reserva del Gobierno Nacional; sin embargo este puede coadyuvar durante el trámite del mismo<sup>8</sup> antes de la aprobación en las Plenarias<sup>9</sup>.

De acuerdo a la Corte Constitucional, la Constitución le otorga un alcance diferente a la iniciativa legislativa del Gobierno y a la de los congresistas, en cuanto le restringe a estos últimos la capacidad para presentar proyectos de ley en ciertas áreas que, como las relacionadas con el manejo de las finanzas públicas y la estructura y reforma de la administración nacional, son de iniciativa reservada y privativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Con ello, se ha mantenido en gran medida el criterio aplicado por la Constitución de 1886 (art. 79), emergido de la reforma constitucional de 1968, en el sentido de procurar mantener un cierto orden institucional que, en lo que toca con las competencias propias del Presidente de la República (C.P. art. 189), facilite la continuidad y uniformidad de las políticas que este haya venido promoviendo y desarrollando, impidiendo con ello que, como resultado de la improvisación o la simple voluntad legislativa unilateral, tales políticas puedan ser modificadas o suprimidas sin su iniciativa o consentimiento expreso.

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 tá-

<sup>7</sup> “**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. (...)”.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1707/00, Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>9</sup> Párrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992, que “La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarias”.

cita 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. A este respecto, y entendido como un desarrollo del mandato previsto en la norma antes citada, el párrafo 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*”<sup>10</sup>.

En este orden de ideas, toda vez que el proyecto de ley en mención es de iniciativa parlamentaria y el Gobierno Nacional no ha coadyuvado al mismo antes de la aprobación en la plenaria (Párrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992), su constitucionalidad (en cuanto al origen de la iniciativa) resulta cuestionable.

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

En relación con esta regla, y dado que el asunto bajo estudio se circunscribe al problema de la iniciativa legislativa en materia de exenciones tributarias, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado de manera consistente que dicha iniciativa corresponde de manera exclusiva al Gobierno Nacional, entendiendo por iniciativa no sólo la presentación misma del proyecto de ley respectivo, sino también al avalar o impulsar proyectos inicialmente presentados por el Congreso en instancias posteriores del debate parlamentario. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras en las Sentencias C-270 de 1993, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; C-022 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-475 de 1994, M. P.: Jorge Arango Mejía; C-266 de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara; C-498 de 1998, M. P.: Hernando Herrera Vergara; C-740 de 1998, M. P.: Hernando Herrera Vergara; C-393 de 2000, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; C-557 de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-643 de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; C-657 de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-807 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-1246 de 2001, M. P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes; C-005 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa AV: Jaime Araújo Rentería; C-078 de 2003, M. P.: Clara Inés Vargas

Hernández, C-809-07, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-315/08, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-838-08, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; y C-373-09, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto<sup>11</sup>.

El pasado 30 de septiembre de 2009 mediante Oficio UJ-1599-2010, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Juan Carlos Echeverry, adjuntó el pronunciamiento que realizó el ex Ministro de Hacienda, doctor Óscar Iván Zuluaga, a esta iniciativa legislativa el pasado 7 de diciembre de 2009 mediante oficio UJ-1785-09, se establecieron las consideraciones de naturaleza fiscal y tributaria, las cuales también el Ministro Echeverry considera aplicables al texto definitivo aprobado por la honorable Comisión Tercera, en donde el Ministro hace un llamado al honorable Congreso de la República para que analice la posibilidad de archivar el proyecto de ley en cuanto resulta contrario a la Constitución Política.

**4. Proposición**

Con fundamento en las razones expuestas, nos permitimos rendir **ponencia negativa** y en consecuencia solicitarle a la plenaria de la Cámara de Representantes, archivar el **Proyecto de ley número 161 de 2009 Cámara, por medio de la cual se autorizan incentivos a las asociaciones de padres de familia de los restaurantes escolares del ICBF y se dictan otras disposiciones.**

De los honorables Representantes,

Ángel Custodio Cabrera Báez, (**sin firma**) Coordinador Ponente; Laureano Augusto Acuña Díaz, Jair Arango Torres, Luis Antonio Serrano Morales, Jorge Hernán Meza Botero, Ponentes.

<sup>11</sup> Sentencia C-932 de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

**CONTENIDO**

Gaceta número 758 - Miércoles, 13 de octubre de 2010		Págs.
CÁMARA DE REPRESENTANTES		
PONENCIAS		
Ponencia para segundo debate, Pliego de modificaciones, Texto propuesto y Texto aprobado en la Comisión Primera en primer debate (primera vuelta) al Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010 Cámara, por la cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.....	1	
Informe de ponencia segundo debate ante la plenaria de la Cámara de Representantes al Proyecto de ley número 161 de 2009 Cámara, por medio de la cual se autorizan incentivos a las asociaciones de padres de familia de restaurantes escolares del ICBF y se dictan otras disposiciones.....	12	

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1707/00, ibídem.