

D-11129
ok.

Bogotá D.C., 03 de noviembre de 2015

C 1336-15

Honorable Magistrados
Corte Constitucional
E.S.D.



Paola Gallo
3:45 pm.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la ley 1739 de 2014 (parcial), con el cual se establece la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE).

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.729.668, obrando en mi calidad de representante legal de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía - Asofondos-, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (Anexo 1), mediante el presente escrito me permito presentar demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "4 del Decreto número 841 de 1998," contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012.

1. Normas acusadas de Inconstitucionalidad-omisión legislativa relativa

Se demanda el aparte subrayado del artículo 22 de la ley 1607 de 2012, transcrito a continuación, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 1739 de 2014:

"Artículo 22. Base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE). La base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) a que se refiere el artículo 20 de la presente ley, se establecerá restando de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio realizados en el año gravable, las devoluciones rebajas y descuentos y de lo así obtenido se restarán los que correspondan a los ingresos no constitutivos de renta establecidos en los artículos 36, 36-1, 36-2, 36-3, 45, 46-1, 47, 48, 49, 51, 53 del Estatuto Tributario. De los ingresos netos así obtenidos, se restarán el total de los costos susceptibles de disminuir el impuesto sobre la renta de que trata el Libro I del Estatuto Tributario. También se restarán las deducciones de los artículos 107 a 117, 120 a 124, 126-1, 127-1, 145, 146, 148, 149, 159, 171, 174 y 176 del Estatuto Tributario, siempre que cumplan con los requisitos de los artículos 107 y 108 del Estatuto Tributario, así como las correspondientes a la depreciación y amortización de inversiones previstas en los artículos 127, 128 a 131-1 y 134 a 144 del Estatuto Tributario. Estas deducciones se aplicarán con las limitaciones y restricciones de los artículos 118, 124-1, 124-2, 151 a 155 y 177 a 177-2 del Estatuto Tributario. A lo anterior se le permitirá restar las rentas exentas de que trata la Decisión 578 de la Comunidad Andina y las establecidas en los artículos 4 del Decreto número 841 de 1998, 135 de la Ley 100 de 1993, 16 de la Ley 546 de 1999 modificado por el artículo 81 de la Ley 964 de 2005, 1 de la Ley 546 de 1999. Para efectos de la determinación de la base mencionada en este artículo se excluirán las ganancias ocasionales de que tratan los artículos 300 a 305 del Estatuto Tributario.

Para todos los efectos, la base gravable del CREE no podrá ser inferior al 3% del patrimonio líquido del contribuyente en el último día del año gravable inmediatamente anterior de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 193 del Estatuto Tributario.

Parágrafo transitorio. Para los periodos correspondientes a los cinco años gravables 2013 a 2017, se podrán restar de la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), las rentas exentas de que trata el artículo 207-2, numeral 9 del Estatuto Tributario”.

II. Razones de la violación

La expresión cuestionada en el presente proceso resulta contraria a los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, por cuanto permite deducir del cálculo de la base gravable del CREE, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, pero no la reserva de estabilización y sus rendimientos, a pesar de que tienen una naturaleza similar a las reservas matemáticas mencionadas y estar afectas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En efecto, dentro de las sumas que pueden descontarse de la base gravable del CREE, el legislador incluyó en el año 2012 (en el artículo 22 de la ley 1607 de 2012), las sumas exentas por el artículo 4 del Decreto 841 de 1998, que establece:

Artículo 4°. Exención de impuestos. De conformidad con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, gozarán de exención de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional, los recursos de los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales, del fondo de solidaridad pensional, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

Para que no se efectúe retención en la fuente sobre los pagos generados por las inversiones de los recursos y reservas a que se refiere el inciso anterior, las sociedades fiduciarias, las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y las compañías de seguros, deberán certificar al momento de la inversión a las entidades que efectúen los respectivos pagos o abonos en cuenta, que las inversiones son realizadas con recursos o reservas a que se refiere el inciso primero de este artículo.

Parágrafo 1°. Las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, las sociedades fiduciarias y las compañías de seguros continuarán sometidas al régimen previsto en el Estatuto Tributario y demás normas concordantes, en lo que se refiere a retención en la fuente.

Parágrafo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Estatuto Tributario, los fondos a que se refiere el inciso primero del presente artículo no están sujetos a la renta presuntiva de que trata el artículo 188 del Estatuto Tributario.



Esta exención es un desarrollo del artículo 135 de la Ley 100 de 1993,¹ que a su vez es un desarrollo de la previsión constitucional del artículo 48 CP, según la cual *"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella."*

Conforme al artículo 1 del Decreto 2347 de 1995, las entidades que cuenten con autorización de la Superintendencia Bancaria para operar como administradoras de riesgos profesionales, tienen la obligación de calcular, constituir y mantener, entre otras, la reserva matemática, que según el artículo 4 ibídem, *"se debe constituir en forma individual, a partir de la fecha en que se determine la obligación de reconocer la pensión de invalidez o de sobrevivientes. El monto corresponderá al valor esperado actual de las erogaciones a cargo de la administradora por concepto de mesadas, (...)"*.

Si bien es cierto que las reservas matemáticas de los seguros de las pensiones de vejez, invalidez y muerte, no son en sentido estricto recursos de la seguridad social en pensiones, como quiera que son recursos de las aseguradoras que éstas deben mantener disponibles por períodos largos de tiempo (35 años o más) para el pago de las rentas vitalicias con las que se paguen las pensiones, dada su estrecha conexión con el pago de pensiones, el legislador las incluyó dentro de las sumas que pueden descontarse de la base gravable del CREE, al hacer mención expresa al artículo 4 del Decreto número 841 de 1998.

En efecto, dado que las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes se encaminan a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, otorgando cobertura en caso de que ocurra un siniestro o sirviendo como garantía de incremento del ahorro pensional cuando está causado el respectivo derecho, así como trasladando los riesgos de extralongevidad y de mercado a la aseguradora, el Ejecutivo primero, y luego el Legislador, las incluyó dentro de las rentas que pueden excluirse de la base gravable del CREE.

Los recursos de la reserva de estabilización y sus rendimientos tienen una naturaleza asimilable a las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes y a los recursos de la Seguridad Social en Pensiones de los que trata el artículo 135 de la ley 100 de 1993. Tienen la misma conexión estrecha con el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS, y por lo mismo deberían haber recibido el mismo tratamiento del legislador tributario.

De acuerdo con el artículo 101 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la ley 1328 de 2009, la reserva de estabilización y sus rendimientos están instituidos como una garantía a la rentabilidad mínima de los ahorros de los afiliados al RAIS, con el fin de que estos cuenten con recursos suficientes para financiar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

Esta reserva, por disposición legal la deben establecer las Administradoras de Pensiones con recursos propios y representa el 1% del valor de cada fondo que administra, con el fin de que en el evento en que la rentabilidad que alcancen los fondos administrados caiga por debajo del mínimo

¹ Ley 100 de 1993, Artículo. 135.-Tratamiento tributario. *"Los recursos de las fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, los recursos de las fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, los recursos de los fondos para el pago de las bonos cuotas partes de bonas pensionales y los recursos del fondo de solidaridad pensional, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional. (...)"*



Asofondos

exigido, tales recursos cubran ese faltante y de esa manera se asegure siempre que el afiliado obtendrá por su ahorro unos rendimientos financieros que permitirán la financiación de sus pensiones.

Esta reserva, y sus rendimientos, aun cuando formalmente son recursos de las administradoras, al igual que las reservas matemáticas lo son de las aseguradoras, en la práctica sólo pueden ser utilizados para garantizar que los ahorros de los afiliados al RAIS, como mínimo alcanzarán siempre una rentabilidad mínima, y de esta manera se aseguran los recursos suficientes para el pago de las pensiones. La reserva de estabilización de rendimientos se constituye como una reserva legal encaminada directamente a servir como garantía de los afiliados en aquellos casos en que la rentabilidad mínima exigida por la ley no sea alcanzada por la respectiva AFP. Los rendimientos generados por la reserva de estabilización tampoco son de libre disposición por parte de la AFP ni contablemente entran al estado de pérdidas y ganancias, sino que su uso está atado a garantizar que los ahorros de los afiliados al RAIS, incrementen su valor, por lo menos en el nivel de rentabilidad mínima.

Dicha rentabilidad mínima, a su vez, se destina a incrementar la cuenta individual de cada uno de los afiliados al Sistema General de Pensiones (SGP), por lo que la rentabilidad mínima garantizada a los afiliados contribuye a la consolidación del ahorro pensional con el cual se otorgará, una vez cumplidos los requisitos establecidos en la ley, el derecho a una prestación económica propia del SGP.

En efecto, la finalidad de la reserva de estabilización de rendimientos consiste en garantizarle a los afiliados al RAIS que sus recursos tendrán una rentabilidad mínima encaminada al aumento del ahorro individual el cual al final se destinará al pago de pensiones y otras prestaciones cuando el derecho haya sido causado. En la medida en que el RAIS se fundamenta en la existencia de cuentas de ahorro individual compuestas por los aportes obligatorios y los rendimientos de los mismos, y toda vez que las reserva de estabilización de rendimientos se encaminan a garantizar la capitalización de las cuentas individuales cuando la rentabilidad de los recursos administrados está por debajo del límite mínimo establecido por el Gobierno Nacional, gravar dichos recursos que garantizan el ahorro pensional implica su desvío de los fines establecidos por la ley en función de la seguridad social.

Si bien la reserva de estabilización de rendimientos está constituida con patrimonio propio de las AFP para garantizar una rentabilidad mínima para los afiliados y su constitución es por mandato legal de acuerdo al Decreto 2555 de 2010, constituye una situación de desigualdad negativa el hecho que se grave dicha reserva, mientras que no se hace lo mismo con la reserva matemática exigida a las aseguradoras, cuando la constitución de ambas reservas y sus rendimientos está motivada por la misma razón como lo es la protección del derecho a la seguridad social del afiliado.

En la medida en que ambas reservas protegen el ahorro pensional de los afiliados y en el largo plazo, su derecho a pensionarse, deberían haber recibido la misma protección de la ley, y haber sido incluidas dentro de los valores que pueden descontarse de la base gravable del CREE. No existe justificación alguna, ni constitucional ni legal que haya justificado que el legislador diera a las dos reservas el mismo tratamiento, exonerando a unas y gravando a las otras, a pesar de tener una naturaleza y función similar, y por lo mismo se genera una violación del derecho a la igualdad.

III. Configuración de la omisión legislativa relativa.



La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-090 de 2011 estableció los requisitos para la procedencia de una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa. Al respecto el alto tribunal estableció lo siguiente:

“La acción pública de constitucionalidad por omisión relativa se dirige entonces, contra lo que no dice el precepto pero que ha debido decir para no generar, entre otras, desigualdades, violaciones al debido proceso o el desconocimiento de un mandato expreso de la Constitución. En este sentido, para que se estructure una omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que deben reunirse los siguientes requisitos: Primero, la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo. Segundo, la exclusión de sus consecuencias jurídicas de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta. Tercero, la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión. Cuarto, la generación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos o la vulneración de otros de sus derechos fundamentales; y quinto, la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos. La omisión legislativa relativa se predica entonces de disposiciones que si bien en principio por sí mismas no son inconstitucionales, resultan ser contrarias a la Constitución, bien porque la regulación incompleta genera discriminaciones, bien porque las consecuencias jurídicas de ella no se extienden a supuestos de hecho iguales o análogos a los que contempla la norma acusada, o por no comprender ingredientes o condiciones indispensables para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta.” (Subrayas agregadas al texto)

Cada uno de los referidos requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la configuración de una omisión legislativa relativa, están presentes en la presente demanda, como se mostrará a continuación.

1. La existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo.

La omisión legislativa relativa se configura en la medida en que el artículo 22 de la ley 1607 de 2012, además de establecer la base gravable del CREE, consagra aquellos rubros exentos del cálculo de dicha base gravable dentro de los cuales se encuentran “(...) las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.” No obstante, no incluyó la reserva de estabilización ni los rendimientos generados por ella.

2. La exclusión de sus consecuencias jurídicas de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta.

Al no dar el mismo tratamiento previsto para las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes y sus rendimientos, a la reserva de estabilización y sus rendimientos, como rentas exentas de la base gravable del CREE generó un tratamiento discriminatorio que viola los artículos 13 y 48 de la Carta.

La reserva de estabilización de rendimientos es una provisión de recursos que deben constituir y mantener las sociedades administradoras de fondos de pensiones, respecto de cada fondo que

COL
JOSE A
NOTAR
MAGDO



administren con el propósito exclusivo de constituirse en fuente de pago de la rentabilidad mínima en aquellos casos en los cuales la misma no sea alcanzada en un periodo determinado.

La rentabilidad mínima es una garantía para los afiliados, según la cual deben generarse unos rendimientos mínimos para cada uno de los fondos que son de propiedad de los trabajadores, so pena de que las Administradoras paguen con su propio patrimonio los defectos de dicha rentabilidad, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, con recursos de su propio patrimonio, deben mantener la reserva de estabilización de rendimientos en el 1% del valor de cada uno de los Fondos Administrados por lo que dichos recursos están destinados exclusivamente al cumplimiento de una garantía del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Mientras los recursos de la AFP y los rendimientos por estos generados se encuentren conformando la reserva de estabilización, no pueden imputarse como utilidades y así conformar la base gravable del CREE toda vez que, como ya se mencionó, los mismos están destinados a garantizarle al afiliado una rentabilidad mínima de los recursos administrados, rentabilidad que está destinada a incrementar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado acercándolo así al goce de su derecho a percibir una prestación económica del Sistema General de Pensiones, una vez haya derecho a la misma.

Por su parte, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes son recursos de propiedad de las aseguradoras que corresponden a la diferencia resultante entre las primas recibidas y los siniestros pagados en los primeros años de seguro y cuya apropiación tiene por finalidad cubrir la diferencia entre valor actual del riesgo futuro a cargo de la aseguradora y el valor actual de las primas netas pagaderas por el tomador.

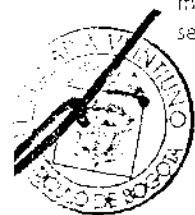
Tales reservas fueron exoneradas por el legislador porque su finalidad es garantizar el pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia de los afiliados al RAIS que se pensionen bajo la modalidad de renta vitalicia. Y aunque las reservas matemáticas y sus rendimientos también pueden eventualmente ser realizados por las aseguradoras, tal eventualidad dependerá de que los riesgos de extralongevidad y de mercado que afectan el pago de mesadas pensionales resulten excedentes.

No obstante tener una naturaleza similar y cumplir una finalidad estrechamente vinculada al derecho a la seguridad social, y el hecho de que el legislador ha igualado las reservas matemáticas y la reserva de estabilización en su tratamiento tributario en otras normas tributarias expedidas en desarrollo del artículo 48 Constitucional y en armonía con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993,² al consagrar como renta exenta a las reservas matemáticas y sus rendimientos, pero no a la reserva de estabilización y sus rendimientos, estableció consecuencias jurídicas distintas para situaciones asimilables que debían recibir el mismo tratamiento ante la ley.

3. La ausencia de una razón suficiente para tal exclusión.

Dadas las similitudes entre las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de invalidez, vejez y sobrevivencia y la reserva de estabilización de rendimientos, no era legítimo constitucionalmente

² En efecto, las reservas matemáticas y la reserva de estabilización están exentas del impuesto de renta en virtud del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, que reconoce su naturaleza acorde con el artículo 48 de la Constitución Política. Igualmente el Decreto 841 de 1998 y el numeral 11 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario, reconocen que la reserva matemática y los rendimientos de la reserva de estabilización de rendimientos corresponden al sistema general de seguridad social en pensiones.



que el Legislador no incluyera expresamente a la reserva de estabilización y sus rendimientos a pesar de estar en pie de igualdad con las reservas matemáticas, y no existir ninguna justificación para no haber sido excluidas de la base gravable del CREE. Tal exclusión no cumple una finalidad constitucional específica, importante y por el contrario desconoce obligaciones constitucionales de asegurar los recursos para la seguridad social.

La disposición demandada, por medio de la cual se establece que los recursos de estabilización de rendimientos integren la base gravable del CREE, implica que recursos estrechamente vinculados con la seguridad social, que no pueden ser considerados ingresos de las AFP mientras estén afectados al cumplimiento de su función legal (garantizar la rentabilidad mínima de los fondos), sean asimilados contablemente como utilidades de las AFP y sobre ellos se establezcan cargas tributarias que desvíen la finalidad para la cual fueron constituidos.

Un claro indicador de que estos recursos deberían estar exentos del CREE es que hoy en día ya se consideran rentas exentas para efectos del impuesto de renta (numeral 11 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario) pero en la reforma tributaria sancionada mediante la ley 1607 de 2012, se omitió incluirlas respecto del CREE.

Por lo tanto, vulnera el derecho a la igualdad en la medida en que la exención instituida a favor de las reservas matemáticas administradas por las Aseguradoras, al cumplir un rol similar al de la reserva de estabilización y sus rendimientos, debe recibir el mismo tratamiento por parte del legislador.

En una reciente demanda de Constitucionalidad contra el artículo 22 de la ley 1607 de 2012 la Corte se refirió al CREE como “un impuesto que, desde el punto de vista estructural, (i) redujo la carga tributaria de los sujetos obligados por las contribuciones parafiscales sobre nómina previamente existentes; y (ii) persigue dos objetivos constitucionalmente valiosos: estimular el empleo formal y mantener la financiación del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y del sistema general de seguridad social en salud.”

A la Corte le preocupaban los efectos que la declaratoria de una inexecutable simple pudieran tener sobre el SENA, el ICBF y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que estas entidades cumplen fines constitucionales imperiosos como la educación, protección a la infancia y la atención en salud. Aunque en el presente caso ese riesgo no existe por tratarse de un cargo de omisión legislativa relativa es necesario aclarar que los recursos que se solicita excluir de la base gravable del CREE son recursos destinados al cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones y como tal Constitucionalmente es reprochable que se destinen a fines distintos, razón por la cual es imperativo que las entidades beneficiarias del CREE encuentren sus fuentes de financiación en otro tipo de recursos.

4. La goberación de una situación de desigualdad respecto de los grupos excluidos

A pesar de que las reservas matemáticas y sus rendimientos y la reserva de estabilización y sus rendimientos, cumplen finalidades similares, están orientadas a asegurar los recursos suficientes para el pago de pensiones, no pueden ser realizados por las aseguradoras o por las administradoras de fondos de pensiones como ingresos propios por estar atados al cumplimiento de una garantía estrechamente vinculada a la seguridad social en pensiones y a garantizar el pago de las

COLOMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL
ANGEL VERA
RIO 21 EMP



prestaciones del RAIS, tal como lo ilustra el siguiente cuadro, el legislador no les dio el mismo tratamiento para efectos tributarios, lo cual constituye una violación del derecho a la igualdad.

	Reserva Matemática	Reserva de estabilización de rendimientos
Están destinadas a los fines propios del sistema de seguridad social en pensiones: asegurar los recursos suficientes para el pago de pensiones en el RAIS	Sí	Sí
Recursos son de propiedad de la administradora de pensiones o de la aseguradora	Sí	Sí
Las reservas son constituidos forzosamente por disposición legal con recursos propios	Sí	Sí
Los rendimientos constituyen ingreso (al menos contablemente) para la aseguradora o para la administradora según la reserva de que se trate	Sí	Sí
Las reservas y sus rendimientos no pueden materializarse en la práctica como ingresos de la aseguradora / administradora	Sí	Sí
Puede deducirse del impuesto a la renta	Sí	Sí
Puede deducirse de la base gravable del CREE	Sí	No

Con la reciente división de los tributos que gravan la renta y la consecuente creación de la Contribución para la Equidad (CREE) mediante la Ley 1607 de 2012, se estableció una exención del CREE para la reserva matemática por disposición del Art. 22 *ibidem*, que fue modificado por el Artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, pero en dicha regulación no fueron incluidas la reserva de estabilización y sus rendimientos, incurriendo así en una omisión legislativa relativa contraria a los artículos 13 y 48 de la Carta.

En efecto, el establecimiento de la exención para las reservas matemáticas de los seguros de vejez, invalidez y sobrevivencia, es un desarrollo armónico de las disposiciones superiores, tal como lo manifestó esa Corporación en la sentencia C-090 de 2011, cuando se refirió los recursos del Sistema Integrado de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones. Al respecto, y frente al inciso primero del artículo 135 de la ley 100 de 1993 la Corte estableció lo siguiente:

"Las exenciones son un beneficio que presupone la existencia de unos sujetos u objetos que son susceptibles de materia impositiva y frente a los cuales, pese a existir la obligación tributaria, se les exonera de ella. Así entendida la exención, es evidente que los recursos del sistema de seguridad social no pueden ser objeto de ella, porque por disposición del Constituyente, artículo 48 constitucional, no son materia imponible."

Mientras los recursos de la reserva de estabilización y sus consecuentes rendimientos estén cumpliendo la finalidad para la cual fueron creados, no es procedente el establecimiento de



gravámenes sobre las mismas, toda vez que dichos gravámenes desviarían el fin propio para el cual fueron constituidos y por su estrecha relación con la protección del derecho a la seguridad social. Dado que esa protección se otorgó a las reservas matemáticas y sus rendimientos en la norma cuestionada, el legislador debió darles el mismo tratamiento jurídico.

Este es precisamente uno de los casos de omisiones legislativas que se presentan de acuerdo con lo establecido por la Sentencia C-767 de 2014. Dijo la Corte que si el legislador *"al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa. Estas omisiones pueden ocurrir de distintas formas "(i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución."*

5. La existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos.

El artículo 48 de la Constitución Política establece, a punto de los recursos de la seguridad social lo siguiente: *"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella"*.

Esta disposición implica que todo tratamiento o carga impuesta a los recursos destinados a la seguridad social que impliquen su destinación a fines distintos a los establecidos constitucional y legalmente como propios de la seguridad social, atentan contra lo establecido en el citado artículo constitucional.

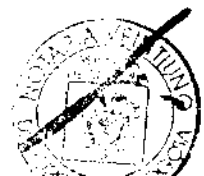
De manera específica, la Corte Constitucional ha dado respuesta a la inquietud en cuanto a si los recursos de la seguridad social pueden estar sometidos a cargas tributarias o servir como cálculo de la base gravable de algún tributo en específico.

En diferentes sentencias, en las cuales la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a gravámenes que afectan recursos de la seguridad social en salud, la Corte ha establecido como criterio de su decisión (*ratio decidendi*) que podrá haber afectaciones siempre y cuando los impuestos tengan relación inescindible con la seguridad social.

La anterior afirmación puede constatarse, entre otras, en las sentencias: C-824 de 2004, C-1040 de 2003 y C-731 de 2000. A manera de ejemplo en la sentencia C-824 de 2004 se dijo:

"En este sentido, puede decirse que la ratio decidendi de la sentencia se orientó a permitir la implementación de la tasa en favor de la Superintendencia de Salud, en la medida en que esos dineros estaban vinculados inescindiblemente al Sistema de Seguridad en Salud, al ser la administración y la vigilancia elementos indispensables para la efectividad del sistema."

La sentencia C-1040 de 2003, en la cual se estudió la constitucionalidad de la imposición del ICA a recursos destinados a la seguridad social en salud destaca:



“Debido a la destinación especial que tienen los recursos de la seguridad social en salud, los mismos no pueden ser objeto de impuestos, pues el establecimiento de esta clase de gravámenes altera la destinación específica de dichos recursos desviándolos hacia objetivos distintos de la prestación del servicio de salud.

(...)
Solo por excepción, no se opone a esa destinación especial la tasa que deben pagar las entidades que se encuentran bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Salud, pues conforme al artículo 48 de la Carta el servicio público de seguridad social supone la vigilancia y control de las entidades que lo prestan, de modo que dicho gravamen retorna el costo asumido por el Estado en la prestación de este servicio público”.

Aplicado el anterior criterio de decisión a la situación concreta analizada se debe indagar si el CREE al que se destinarían los recursos de la reserva de estabilización y sus rendimientos, destinados a la seguridad social en pensiones, tiene una relación inescindible con dicho sistema, pues de lo contrario se vulneraría el artículo 48 de la Constitución, ya que en ese evento el gravamen obligaría a que se destinarian recursos propios de la Seguridad Sociales a fines distintos de ella misma.

Los recursos recaudados mediante el CREE son ingresos de la Nación, con una destinación específica para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y en general el beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, tal como se encuentra establecido en el Decreto 850 de 2013.

Sin embargo, no tienen como finalidad su inversión en el Sistema de Seguridad Social en pensiones por lo que no se cumple con el criterio de decisión establecido por la Corte Constitucional al que hemos hecho referencia. Es por ello que al gravar los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos con el CREE se estarían desviando dineros que por mandato constitucional tienen señalada una destinación específica.

En conclusión, en el presente caso, al no haberse incluido como renta exenta de la base gravable del CREE a la reserva de estabilización y sus rendimientos, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa que viola los derechos a la igualdad (artículo 13, CP) y a la seguridad social (artículo 48, CP)

IV. Iniciativa frustrada en el Congreso

Un elemento adicional que confirma la omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador fue lo que sucedió con una proposición que se presentó en el Honorable Congreso de la República durante el debate del proyecto de ley 134 de 2014 Senado, 105 de 2014 Cámara, que dio origen a la ley 1607 de 2014.

En dicho proyecto se incluyó la modificación a la depuración de la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), particularmente en cuanto se refiere a las deducciones que pueden ser aplicadas a dicha base, como las Reservas Matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

REPUBLICA
COLOMBIANA
JOSE ANTONIO
NOTARIO 2



Iguualmente fueron incluidas las deducciones relativas a los recursos destinados a la Seguridad Social en Pensiones, en concordancia con el artículo 135 de la ley 100 de 1993.

El 26 de noviembre de 2014, el honorable representante Eduardo Crissien radicó una proposición al mencionado proyecto de ley 134S de 2014, 105C de 2014, con el objeto de que los recursos de la Reserva de Estabilización de Rendimientos (numeral 11 del Artículo 207-2 del Estatuto Tributario) fueran excluidos de la base gravable del CREE. (Anexo 2)

Dadas las tensiones generadas durante la aprobación de la reforma tributaria, sólo las modificaciones con aval del gobierno fueron objeto de aprobación en el Congreso. En el caso de la proposición presentada en la Cámara, el gobierno no dio su aval a pesar de compartir que las reservas matemáticas de los seguros de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y sus rendimientos, así como la reserva de estabilización y sus rendimientos compartían una misma finalidad y tenían naturaleza y funciones similares.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador omitió incluir dentro de las deducciones del CREE, la renta exenta de la que trata el numeral 11 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario, relativa a la reserva de estabilización de rendimientos que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones.

V. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para decidir, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

VI. Petición

Con base en las consideraciones expuestas, solicitamos se declare la Inconstitucionalidad de la expresión “4 del Decreto número 841 de 1998,” contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012, por omisión legislativa relativa de la disposición acusada. En consecuencia, se solicita a la Corte Constitucional declarar que la expresión “4 del Decreto número 841 de 1998,” contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012 es exequible únicamente en el entendido que también se entiendan excluidos de la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, la reserva de estabilización y sus rendimientos.

Lo anterior bajo el entendido de que a este caso es aplicable la regla general según la cual *“...cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexequibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales”*³

³ Sentencia C-619 de 2011



 asofondos

Anexos

Anexo 1: Certificado de existencia y representación legal de Asofondos.

Anexo 2: Proposición del honorable representante Eduardo Crissien con el objeto de que los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos fueran excluidos de la base gravable del CREE.

Respetuosamente,


CLARA ELENA REALES
Vicepresidenta Jurídica

OMBIA
02

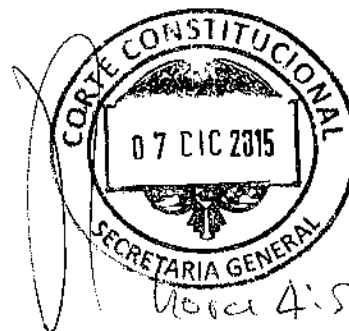
Bogotá, D.C., diciembre 3 de 2015

H. Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

CORTE CONSTITUCIONAL

Ciudad



Ref. Expediente D-11129

Escrito de corrección de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la ley 1739 de 2014 (parcial), que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, con el cual se establece la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE.

CLARA ELENA REALES, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.729.668, mediante el presente escrito me permito presentar corrección a la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "**4 del Decreto número 841 de 1998**", contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012, inadmitida mediante Auto del 30 de noviembre de 2015.

CORRECCIONES FRENTE A LAS RAZONES DE LA INADMISIÓN

De conformidad con el Auto del 30 de noviembre de 2015, la demanda no cumple con los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia.

1. En cuanto a la certeza

El magistrado Sustanciador señala que se "*debe partir del alcance integral de la norma demandada (deducciones, limitaciones, restricciones y restas), además de que lo acusado hace parte de un decreto reglamentario.*"

Con el fin de que se comprenda el sentido de la demanda se explicará tanto del alcance integral de la norma, y el sentido del aparte demandado, como la razón por la cual, a pesar de que el artículo 11 de la ley 1739 de 2014 hace referencia a una norma reglamentaria, el artículo 4 del *Decreto número 841 de 1998*, es una norma de carácter legal, cuya constitucionalidad, por lo mismo, puede ser estudiada por la Corte Constitucional.

El impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) y su base gravable

Asofondos

El capítulo II de la Ley 1607 de 2012 introdujo al sistema tributario colombiano el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), entendido como el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, a la generación de empleo y a la inversión social.

La generación de este impuesto responde a la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o período gravable de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la misma ley el cual establece la base gravable del CREE.

Dentro de dicho artículo 22, modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, se contempla que la base gravable del CREE se calculará a partir de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio, respecto de los cuales se restaran los siguientes rubros:

- Las devoluciones, rebajas y descuentos.
- Los ingresos no constitutivos de renta de los que trata el capítulo I del título I del libro primero del Estatuto Tributario (Arts. 36, 36-1, 36-2, 36-3, 45, 46-1, 47, 48, 49, 51 y 53).
- Los costos susceptibles de disminuir el impuesto sobre la renta de los que trata el libro primero del Estatuto Tributario.
- Las deducciones de las que trata el capítulo V del título I (Arts. 107 a 117, 120 a 124, 126-1, 127-1, 145, 146, 148, 149, 159, 171, 174 y 176 del Estatuto Tributario).
- Las deducciones por depreciación y amortización de inversiones previstas en los artículos 127, 128, a 131-1 y 134 a 144 del Estatuto Tributario.
- Las rentas exentas de que trata la Decisión 578 de la Comunidad Andina para evitar la doble tributación.
- Los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y de los bonos hipotecarios de que trata el artículo 16 de la Ley 546 de 1999.
- Las ganancias ocasionales de que tratan los artículos del 300 al 305 del Estatuto Tributario.
- De forma temporal, y por los periodos correspondientes a los 5 años gravables de 2013 a 2017, constituirá renta exenta la utilidad en la enajenación de predios destinados a fines de utilidad pública en los términos del artículo 58 de la Ley 388 de 1997, que hayan sido aportados a patrimonios autónomos que se creen con esta finalidad exclusiva, por un término igual a la ejecución del proyecto y su liquidación, sin que exceda en ningún caso de diez (10) años.
- Y los recursos establecidos en el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 4 del Decreto 841 de 1998 relativas a los recursos de los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales, del fondo de solidaridad

Asofondos

pensional, de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez del decreto 2513 de 1987 y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

De esta forma, el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, contempló una serie de exenciones legales, incorporó al texto legal, mediante la remisión al "artículo 4º del Decreto número 841 de 1998 (...)", una exención de rango legal a favor de las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

Esta exención tiene su origen en la ley 100 de 1993, que estableció en su artículo 135, una exención tributaria general, del impuesto de renta y complementarios para los recursos de los fondos de pensiones, en los siguientes términos:

ARTICULO. 135.-Tratamiento tributario. Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, los recursos de los fondos para el pago de los bonos cuotas partes de bonos pensionales y los recursos del fondo de solidaridad pensional, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional.

Estarán exentos del impuesto sobre la renta y complementarios:

1. El Instituto de Seguros Sociales.
2. La Caja Nacional de Previsión y las demás cajas y fondos de previsión o seguridad social del sector público, mientras subsistan.
3. Las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad y sus respectivos rendimientos.
4. Las sumas destinadas al pago de los seguros de invalidez y de sobrevivientes dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Las pensiones estarán exentas del impuesto sobre la renta. A partir del 1º de enero de 1998 estarán gravadas sólo en la parte que exceda de veinticinco (25) salarios mínimos.

Estarán exentos del impuesto a las ventas:

1. Los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida.
2. Los servicios de seguros y reaseguros que prestan las compañías de seguros, para invalidez y sobrevivientes contemplados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Estarán exentos del impuesto de timbre los actos o documentos relacionados con la administración del sistema general de pensiones.

PARAGRAFO. 1º-Los aportes obligatorios y voluntarios que se efectúen al sistema general de pensiones no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. Los aportes a cargo del empleador serán deducibles de su renta.

PARAGRAFO. 2º-Las disposiciones a que se refiere el presente artículo y el artículo anterior, serán aplicables, en lo pertinente, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y a los seguros privados de pensiones.

Asofondos

PARAGRAFO. 3º-En ningún caso los pagos efectuados por concepto de cesantía serán sujetos de retención en la fuente ~~por parte de la Nación.~~²

En desarrollo de este artículo, con el Decreto 841 de 1998 se reglamentaron varios de los aspectos tributarios relacionados con el Sistema General de Seguridad Social. El artículo 4 de dicho decreto consagró una serie de exenciones respecto de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional dentro de las cuales se encuentran las reservas matemáticas² de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes así como sus rendimientos.³ Dicha norma estableció expresamente lo siguiente:

Artículo 4º. Exención de impuestos. De conformidad con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, gozarán de exención de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional, los recursos de los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales, del fondo de solidaridad pensional, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

Para que no se efectúe retención en la fuente sobre los pagos generados por las inversiones de los recursos y reservas a que se refiere el inciso anterior, las sociedades fiduciarias, las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y las compañías de seguros, deberán certificar al momento de la inversión a las entidades que efectúen los respectivos pagos o abonos en cuenta, que las inversiones son realizadas con recursos o reservas a que se refiere el inciso primero de este artículo.

Parágrafo 1º. Las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, las sociedades fiduciarias y las compañías de seguros continuarán sometidas al régimen previsto en el Estatuto Tributario y demás normas concordantes, en lo que se refiere a retención en la fuente.

Parágrafo 2º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Estatuto Tributario, los fondos a que se refiere el inciso primero del presente artículo no están sujetos a la renta presuntiva de que trata el artículo 188 del Estatuto Tributario.

¹ El texto tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-397 de 1994.

² Según el decreto reglamentario 839 de 1991, la reserva matemática "es la diferencia entre valor actual del riesgo futuro a cargo de la aseguradora y el valor actual de las primas netas pagaderas por el tomador". De una manera más simple se puede definir como: La diferencia resultante entre las primas recibidas y los siniestros pagados en los primeros años de seguro, que incrementada con las primas futuras y los intereses devengados, cubre con suficiencia los siniestros esperados en la medida en que estos ocurran.

³ Las aseguradoras tienen la obligación de calcular, constituir y mantener una reserva matemática, que se constituye en forma individual a partir de la fecha en que se determine la obligación de reconocer la pensión de vejez, de invalidez, o de sobrevivientes, y su monto debe corresponder al valor esperado actual de las erogaciones a cargo de la aseguradora por concepto de mesadas y debe ser ajustada de acuerdo a las expectativas de vida de los beneficiarios. Si el beneficiario vive más allá del cálculo realizado, el riesgo de extra longevidad lo asume la aseguradora y si vive menos de lo esperado, los recursos no utilizados de esa reserva son utilizados por la aseguradora para cubrir el mayor valor de otras rentas vitalicias en las que el riesgo de extra longevidad se haya materializado, en una operación de ajuste que se llama pooling. Y de esta manera se asegura el pago de las pensiones.

Asofondos

Mediante esta disposición, se extendió para las reservas matemáticas y a sus rendimientos, una exención otorgada para los recursos de los fondos de pensiones destinados al pago de las pensiones del RAIS. Esta exención es un desarrollo del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, que a su vez es un desarrollo de la previsión constitucional del artículo 48 CP, según la cual *"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella."*

A pesar de que las reservas matemáticas no son propiamente recursos de la seguridad social y son en estricto sentido recursos de propiedad de las aseguradoras que deben conservar por el tiempo que sea necesario para garantizar el pago de las pensiones de vejez, invalidez o muerte del RAIS que se otorguen bajo la modalidad de renta vitalicia, por su relación inescindible con el pago de las pensiones, se les otorgó ese mismo tratamiento tributario.

Si bien, inicialmente se estableció este tratamiento tributario para las reservas matemáticas de las aseguradoras en un decreto reglamentario, el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, decidió incorporar esa exención de las reservas matemáticas en una ley (Ley 1607 de 2012), recogiendo en su integridad lo establecido en el artículo 4 del decreto 841 de 1998, pero en lugar de transcribir todo el texto del artículo, decidió simplemente incorporar la referencia al artículo 4 del decreto 841 de 1998. Mediante este acto de incorporación, elevó a categoría de norma de rango legal lo que originalmente fue un decreto reglamentario.

Con la reforma tributaria del 2012 (Ley 1607 de 2012) se introdujo al sistema tributario colombiano el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE). Dentro de su regulación se contemplaron una serie de exenciones legales de las cuales es posible identificar las *"(...) establecidas en los artículo 4° del Decreto número 841 de 1998 (...)"* norma que se refiere a las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

El legislador en el año 2012 consideró necesario dada su estrecha conexión con el pago de pensiones, el legislador las incluyó dentro de las sumas que pueden descontarse de la base gravable del CREE, al incorporar como parte de la norma legal, la mención expresa al artículo 4 del Decreto 841 de 1998.

En el año 2014, el Legislador de nuevo incluyó en la definición de la base gravable del CREE, la exención otorgada en el pasado a las reservas matemáticas de conformidad con lo que establece el artículo 4 del Decreto 841 de 1998.

Del anterior recuento, se puede concluir que la demanda se dirige contra una norma de contenido legal, cuya constitucionalidad debe y puede ser estudiada por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, aun cuando la norma demandada es el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012. No obstante, dado que el aparte que efectivamente omite la inclusión de la reserva de estabilización de rendimientos es aquel que se refiere al mismo tipo de suma que puede ser descontada de la base gravable del

Asofondos

CREE y que tiene la misma relación de identidad que la reserva de estabilización, es el que se refiere a las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes así como sus rendimientos, por ello se decidió demandar parcialmente la norma cuestionada y cuestionar sólo la expresión "artículo 4 del Decreto 841 de 1998". Pero si el magistrado sustanciador considera que el artículo debe ser demandado en su totalidad, para dar una mayor claridad a la demanda, mediante este escrito se extiende la demanda a la totalidad del artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

2. En cuanto a la especificidad

En el auto inadmisorio se señala que el cargo de vulneración del derecho a la igualdad no fue específico ni suficiente, porque no se determina con la suficiente precisión "por qué la reserva de estabilización y sus rendimientos debería otorgársele el mismo tratamiento jurídico, máxime cuando se reconoce que constituyen recursos propios de las AFP, además que es una cuenta del patrimonio sujeta a variación según el comportamiento de las utilidades del fondo."

De conformidad con lo que establece el artículo 13 Superior, quienes se encuentren en pie de igualdad, deben recibir la misma protección de la ley. En el caso de las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos y la reserva de estabilización de rendimientos y sus rendimientos, se trata de dos reservas, que tienen una naturaleza y función similar, el legislador no les otorgó el mismo tratamiento.

En efecto, a pesar de que las reservas matemáticas y sus rendimientos y la reserva de estabilización y sus rendimientos, están orientadas a asegurar los recursos suficientes para el pago de pensiones de los afiliados al RAIS, no pueden ser realizados por las aseguradoras ni por las administradoras de fondos de pensiones como ingresos propios por estar atados al cumplimiento de una garantía estrechamente vinculada a la seguridad social en pensiones y a garantizar el pago de las prestaciones del RAIS, el legislador no les dio el mismo tratamiento para efectos tributarios, lo cual constituye una violación del derecho a la igualdad.

Al igual que las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos, la reserva de estabilización de rendimientos está destinada a cumplir los fines propios del sistema de seguridad social en pensiones: asegurar los recursos suficientes para el pago de pensiones en el RAIS. En ambos casos se trata de recursos que son formalmente propiedad de las aseguradoras (las reservas matemáticas) o de las administradoras de pensiones (reserva de estabilización), pero la práctica ni las aseguradoras ni las AFP pueden disponer de tales recursos como propietarios, ni pueden percibir sus rendimientos, porque tanto los recursos de la reserva como sus rendimientos, están atados de manera definitiva al cumplimiento de su finalidad: asegurar el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS. Por lo mismo no pueden ser realizados, vendidos o explotados por sus "propietarios". Dada esa circunstancia, el legislador estableció a favor

Asofondos

de las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos, la posibilidad de descontarlos de la base gravable del CREE, pero no hizo lo propio con la reserva de estabilización.

Tanto las aseguradoras de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos, como las administradoras de pensiones (AFP), fueron obligadas por el legislador a constituir tales reservas, con el fin de que los recursos necesarios para el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS, fueran suficientes para el pago de las mesadas de manera vitalicia.

Contablemente, tanto las aseguradoras como las AFP deben registrar dentro de su patrimonio la reserva matemática y la reserva de estabilización, aun cuando en la práctica no puedan disponer de tales recursos.

Tributariamente, tanto la reserva matemática de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos como la reserva de estabilización de rendimientos pueden deducirse del impuesto a la renta, pero cuando se trata del Impuesto sobre la Renta para la Equidad, que es una modalidad de impuesto a la renta, sólo las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes y sus rendimientos recibieron el tratamiento tributario que permite su deducción de la base gravable del CREE, con lo cual se generó un tratamiento discriminatorio violatorio del artículo 13 Superior.

Dado que las reservas matemáticas de los seguros de invalidez, vejez y sobrevivientes se encaminan a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, otorgan cobertura en caso de que ocurra un siniestro, sirve como garantía de incremento del ahorro pensional cuando está causado el respectivo derecho, y trasladan los riesgos de extra longevidad y de mercado a la aseguradora, el Ejecutivo primero, y luego el Legislador, las incluyó dentro de las rentas que pueden excluirse de la base gravable del CREE.

Estas mismas razones debieron llevar al legislador a incluir la reserva de estabilización y sus rendimientos, como una suma que podía descontarse de la base gravable del CREE, dado que cumplen una función similar, están atadas indivisiblemente a garantizar los recursos necesarios en los fondos de pensiones que pagar las pensiones de los afiliados al RAIS, y aunque formalmente pertenecen a las AFP, en la práctica permanecen atados a la obligación de garantizar los rendimientos de los ahorros de los afiliados al RAIS por largos períodos de tiempo (35 años o más), por lo que no pueden ser utilizados por estas para nada distinto que garantizar los rendimientos de sus ahorradores.

Dado que en el RAIS el valor de las pensiones dependen tanto de los aportes que hacen los afiliados como de los rendimientos que tales ahorros obtengan, la reserva de estabilización de rendimientos tiene como finalidad asegurar que los ahorros de los afiliados al RAIS generen las utilidades necesarias para financiar las pensiones, y garantizan que tales ahorros siempre se incrementen por lo menos en el valor promedio

Asofondos

rendimientos de la industria. Cuando ello no sucede por razones del mercado, la administradora deberá poner de su propio patrimonio el 1% del valor del fondo que administran para garantizar que así sea.

Por esta razón, tanto las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes como la reserva de estabilización de rendimientos debieron recibir el mismo tratamiento por parte del legislador. Dado su estrecho vínculo con los recursos de la Seguridad Social en Pensiones de los que trata el artículo 135 de la ley 100 de 1993, debieron recibir la misma protección de la ley. Tienen la misma conexión estrecha con el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS, y por lo mismo deberían haber recibido el mismo tratamiento del legislador tributario.

Por ello, el cuestionamiento de la demanda se dirige al aparte que hace referencia al artículo 4 del Decreto 841 de 1998, que es el que incorpora dentro de las sumas que pueden descontarse de la base gravable del CREE, aquellas que se refieren a las reservas matemáticas a las que hace referencia el artículo 4 del Decreto 841 de 1998: "*y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.*"

3. En cuanto a la especificidad del deber constitucional desconocido con la omisión legislativa relativa

Se señala en el auto inadmisorio que "la demanda debe precisar y desarrollar el deber constitucional específico que fue desconocido."

En el asunto objeto de demanda, el deber constitucional surge de dos normas: el artículo 48 CP que ordena la protección de los recursos de la seguridad social, y el artículo 13 CP, que ordena dar la misma protección de la ley a quienes se encuentran en pie de igualdad.

En el asunto sometido a consideración de la Corte Constitucional, el legislador desconoció ese deber al proteger los recursos de las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, como recursos estrechamente vinculados con los recursos de la seguridad social, pero no dio la misma protección a la reserva de estabilización de rendimientos y a sus rendimientos, a pesar de estar también inescindiblemente vinculados a los recursos de seguridad social en pensiones, necesarios para garantizar el pago de las pensiones que reconoce el RAIS. Al no protegerlos, desprotegió también los recursos de la seguridad social y permitió que recursos destinados al cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones sean destinados a fines distintos.

En lo demás se reiteran los argumentos expuestos en la demanda.

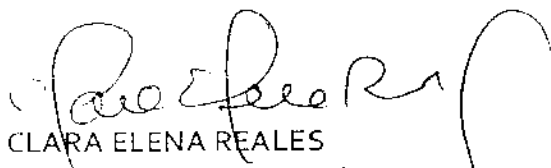
Con base en las consideraciones expuestas, solicito se declare la Inconstitucionalidad de la expresión "**4 del Decreto número 841 de 1998,**" contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012, por omisión legislativa relativa de la disposición acusada.

Asofondos

En consecuencia, se solicita a la Corte Constitucional declarar que la expresión "**4 del Decreto número 841 de 1998,**" contenida en el artículo 11 de la ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la ley 1607 de 2012 es exequible únicamente en el entendido que también se entiendan excluidos de la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, la reserva de estabilización y sus rendimientos.

Lo anterior bajo el entendido de que a este caso es aplicable la regla general según la cual *"...cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales"*⁴

Respetuosamente,



CLARA ELENA REALES
CC.51.729.668 de Bogotá

⁴ Sentencia C-619 de 2011