

Sentencia C-422/16

Referencia: expediente D-11129.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11, parcial, de la Ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

Actora: Clara Elena Reales Gutiérrez.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad la ciudadana Clara Elena Reales Gutiérrez solicita a la Corte que declare la inexecuibilidad parcial del artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

II. TEXTO DE LA NORMA PARCIALMENTE ACUSADA

A continuación, se resalta el aparte demandado:

*“LEY 1739 DE 2014
(diciembre 23)”¹*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

¹ Diario Oficial No. 49.374 de 23 de diciembre de 2014.

Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO II IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD (CREE).

ARTÍCULO 11. *Modifíquese el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, el cual quedará así:*

*“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 **4º del Decreto número 841 de 1998**², 135 de*

² Esta disposición que reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y la Ley 100 de 1993, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución, señala lo siguiente: “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

la Ley 100 de 1993, 16 de la Ley 546 de 1999 modificado por el artículo 81 de la Ley 964 de 2005, 56 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”.

III. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La accionante considera que la expresión acusada incurrió en una *omisión legislativa relativa* por violación de los artículos 13 y 48 de la Constitución, 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 (...) y estar afectas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”.

Explica que el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, incorporó, mediante la remisión al “artículo 4° del Decreto número 841 de 1998”, una exención legal a favor de “las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos”, que tiene su origen en el artículo 135³ de la Ley 100 de 1993 (exención tributaria general del impuesto de renta y complementarios para los recursos de los fondos de pensiones), el cual es desarrollo del artículo 48 de la Constitución, según el cual “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”. De este modo, entiende que si bien inicialmente se establecieron las reservas matemáticas de las aseguradoras en un decreto reglamentario, el legislador finalmente decidió incorporar esa exención en la

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”. Lo subrayado es lo que se vincula con el aparte acusado.

³ “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 y 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. (...)”.

Ley 1607 de 2012, vía referencia al artículo 4° del Decreto 841 de 1998, que vino nuevamente a ser incluida en la definición de la base gravable del CREE.

Manifiesta que conforme al artículo 1° del Decreto 2347 de 1995⁴, 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 atendiendo el artículo 4° de dicho decreto “*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 (...)*”.

Desprende que aunque 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 como quiera que pertenecen a las aseguradoras que deben mantener disponibles por periodos largos de tiempo (35 años o más) para la cancelación de las rentas vitalicias, dada su conexión estrecha con el pago de pensiones el legislador las incluyó dentro de las sumas que se pueden descontar de la base gravable del CREE.

Estima que atendiendo que tales reservas matemáticas se encaminan a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, otorgando cobertura en caso de un siniestro o sirviendo como garantía de incremento del ahorro pensional cuando esté causado el derecho, así como trasladando los riesgos de extra longevidad y de mercado a la aseguradora, se dispuso por el ejecutivo y el legislador su inclusión dentro de las rentas que pueden excluirse de la base gravable del CREE.

De otra parte, manifiesta que de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, 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, comenta, por disposición legal la deben establecer las Administradoras de Fondo de Pensiones AFP con recursos propios y representan el 1% del valor de cada fondo que administra, para que en el evento de que la rentabilidad que alcancen los fondos administrados esté por debajo del mínimo exigido, tales recursos cubran el faltante y de esa manera se asegure siempre que el afiliado obtendrá por su ahorro unos rendimientos monetarios que permitan la financiación de sus pensiones.

Asegura que la reserva de estabilización y sus rendimientos aun cuando formalmente son recursos de las administradoras, al igual que las reservas

⁴ Dicta normas en relación con la constitución de reservas técnicas especiales para el ramo de riesgos profesionales. Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución y los artículos 48 literal e), 186 y 187 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

matemáticas lo son de las aseguradoras, *“en la práctica solo 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”*. Informa que 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.

Advierte que los rendimientos generados por la reserva de estabilización tampoco son de libre disposición por la administradora, 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, la cual a su vez se destina a aumentar la cuenta individual de cada uno de los afiliados al Sistema General de Pensiones SGP, contribuyendo 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.

Expone que en la medida en que el RAIS se fundamenta en la existencia de cuentas de ahorro individual compuestas por los aportes obligatorios y sus rendimientos, y toda vez que la reserva de estabilización de rendimientos se encamina 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, *“gravar dichos recursos que garantizan el ahorro pensional implica su desvío de los fines establecidos por la ley en función de la seguridad social”*.

Afirma que si bien la reserva de estabilización de rendimientos está constituida con patrimonio propio de las AFP con el objeto de garantizar una rentabilidad mínima para los afiliados y su constitución es por mandato legal atendiendo según el Decreto 2555 de 2010⁵, *“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 (...) 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”*.

En virtud de lo anterior, concluye que se configura una *omisión legislativa relativa* por violación del derecho a la igualdad y a la seguridad social al

⁵ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, como son:

1) *La existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo.* Indica 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 o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado con la Carta.* Anota que al no otorgarse 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 Constitución.

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

Sostiene que 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 (...) los mismos están destinados a garantizar al afiliado una rentabilidad mínima de los recursos administrados, (...) destinada a incrementar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado acercándolo así al goce de sus derecho a percibir una prestación económica del Sistema General de Pensiones, una vez haya derecho a la misma”*.

De otra parte, enfatiza que las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes son recursos de propiedad de las aseguradoras correspondientes a la diferencia resultante entre

las primas recibidas y los siniestros pagados en los primeros años de seguro, y cuya apropiación tiene por objeto cubrir la diferencia entre el valor actual del riesgo futuro a cargo de la aseguradora y de las primas netas pagaderas por el tomador. Reservas que fueron exoneradas por el legislador atendiendo que su finalidad es garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS que lo alcancen bajo la modalidad de renta vitalicia. Y aunque las reservas matemáticas y sus rendimientos también pueden eventualmente ser realizados por las aseguradoras, la misma dependerá de que los riesgos de extra longevidad y de mercado que afectan el pago de mesadas pensionales resulten excedentes.

Colige que a pesar de tener una naturaleza similar y cumplir una finalidad estrechamente vinculada al derecho a la seguridad social, además de que el legislador ha igualado las reservas matemáticas y la reserva de estabilización en su tratamiento tributario en *otras normas* expedidas en desarrollo del artículo 48 de la Carta y en armonía con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993⁶, 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.* No encuentra constitucionalmente legítimo 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. Exclusión que no cumple una finalidad superior específica, ni importante, por el contrario desconoce obligaciones constitucionales de asegurar los recursos para la seguridad social. Reitera que un claro indicador de que estos recursos deberían estar exentos del CREE está dado en que hoy en día se consideran rentas exentas para efectos del impuesto de renta y complementarios⁷, pero en la reforma tributaria sancionada mediante la Ley 1607 de 2012 se omitió incluirlas respecto del CREE.

Aclara respecto de una decisión reciente de la Corte en que se discutían los efectos que una inexecutable simple pudiera tener sobre el SENA, el ICBF y el Sistema de Seguridad Social en Salud, que los recursos que se solicitaban excluir de la base gravable del CREE estaban destinados al cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones, siendo imperativo entonces que las entidades beneficiarias del CREE encuentren sus fuentes de financiación en otro tipo de recursos.

4) *La generación de una situación de desigualdad respecto de los grupos excluidos.* A través del siguiente cuadro explica cómo tales reservas cumplen finalidades similares:

⁶ Indica que las reservas matemáticas y la reserva de estabilización están exentas del impuesto de renta y complementarios en virtud del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, que reconoce su naturaleza acorde con el artículo 48 de la Constitución. 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 corresponden al sistema general de seguridad social en pensiones.

⁷ Artículo 207.2, numeral 11, Estatuto Tributario.

	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	SI	SI
Recursos son de propiedad de la administradora de pensiones o de la aseguradora	SI	SI
Las reservas son constituidas forzosamente por disposición legal con recursos propios	SI	SI
Los rendimientos constituyen ingreso (al menos contablemente) para la aseguradora o para la administradora según la reserva de que se trate	SI	SI
Las reservas y sus rendimientos no pueden materializarse en la práctica como ingresos de la aseguradora/administradora	SI	SI
Puede deducirse del impuesto a la renta	SI	SI
Puede deducirse de la base gravable del CREE	SI	NO

5) *La existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos.* Asegura que conforme al artículo 48 de la Constitución, los recursos recaudados mediante el CREE son ingresos de la Nación, con una destinación específica para el SENA y el ICBF, y en general para beneficio de los trabajadores y la generación de empleo, tal como está establecido en el Decreto 850 de 2013. Sin embargo, considera que 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. 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.

Como elemento adicional que en opinión de la accionante confirma la *omisión legislativa relativa*, informa lo que sucedió con una proposición presentada en el Congreso durante el debate que dio origen a la Ley 1739 de 2014, como fue la presentada por el Representante Eduardo Crissien el 26 de noviembre de 2014, con el objeto de que los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos fueran excluidos de la base gravable del CREE. Sin embargo, dadas las tensiones generadas durante la aprobación de la reforma tributaria, solo las modificaciones con aval del Gobierno fueron aprobadas por el Congreso. No dio su aval a pesar de compartir que las reservas matemáticas, así como la reserva de estabilización y sus rendimientos compartían una misma finalidad y tenían naturaleza y funciones similares.

Conforme a lo anterior, solicita que se declare la inconstitucionalidad del aparte impugnado por omisión legislativa relativa. A renglón seguido expone la exequibilidad de la expresión demandada 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.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicita la *inhibición* o en subsidio la *exequibilidad* del aparte impugnado. Observa que la demanda adolece de ineptitud sustantiva por cuanto no delimita explícitamente los cargos que se le endilgan a la norma acusada (ausencia de claridad). Considera que las razones de inconstitucionalidad recaen sobre una interpretación incorrecta de la accionante y no sobre una proposición jurídica real y existente (falta de certeza), porque los recursos del sistema de seguridad social que se encuentran explícitamente exentos de cualquier gravamen están regulados en el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto reglamentario 841 de 1998, amparados bajo el principio de reserva de ley, por lo que al no estar la reserva de estabilización y sus rendimientos contenidas expresamente en la legislación no pueden ser considerados uno de los fondos o sumas constitucionalmente amparados por el artículo 48 superior.

Indica que no solo se parte del supuesto incorrecto de que la reserva de estabilización de rendimientos es un recurso amparado por la seguridad social, sino que se asimilan dos figuras abiertamente diferentes induciendo al error y estableciendo proposiciones inexistentes que no se compadecen con la realidad normativa. Adicionalmente, la norma tachada de inconstitucional no sería al final el objeto concreto de la demanda, sino una reglamentaria (Decreto 841 de 1998). Aduce que la demanda está constituida por afirmaciones vagas e indeterminadas (ausencia de especificidad) representadas esencialmente en la supuesta naturaleza asimilable de las reservas matemáticas y sus rendimientos, con las reservas de estabilización y sus rendimientos, sin realizar una diferenciación específica entre las figuras. Tampoco encuentra los cargos pertinentes al descartarse la posibilidad de que se aleguen razones de conveniencia o argumentos viciados de subjetividad. Por último, estima que la acusación carece de razones suficientes que demuestren la oposición de lo demandado con la Constitución.

Ingresando al fondo del asunto colige que no se configura una omisión legislativa relativa por vulneración de los artículos 13 y 48 de la Constitución. Afirma que la naturaleza de las reservas estudiadas difiere profundamente y las hace figuras no asimilables.

Informa que el carácter aleatorio del contrato de seguro requiere una serie de medidas que garanticen al tomador la efectiva cobertura del riesgo asegurado en el momento en que ocurra el siniestro. Estas medidas comprenden la constitución de reservas técnicas, cuya naturaleza y cálculo depende directamente del tipo de seguro del que se trate, de la naturaleza creciente o

decreciente del riesgo asegurado, la nivelación de las primas, la finalidad de las primas (capitalización o ahorro), el término de duración de la póliza, etc. Asevera que las reservas matemáticas en la actividad aseguradora representan, en estricto sentido, pasivos con el público, ya que se destinan al pago de las obligaciones a cargo del asegurador, teniendo en cuenta las primas por percibir y el riesgo futuro⁸. Así las cosas, las reservas matemáticas en tratándose de pólizas de vida individuales (con o sin capitalización) son el mecanismo mediante el cual se garantiza que las aseguradoras cuentan con los recursos suficientes para cubrir los eventos de muerte, de invalidez o de vejez (sobrevivencia) de los tomadores⁹.

Luego alude a las reservas matemáticas constituidas con recursos de la seguridad social, para indicar que cuando cada afiliado al RAIS cotiza efectivamente al sistema -con cargo a su patrimonio o con el aporte de su empleador-, su cotización -naturaleza de recursos parafiscal y solo puede destinarse a los fines autorizados en la ley- es destinada en una parte al pago de la prima del seguro de invalidez y sobrevivientes contratado para garantizar el pago de una pensión a su favor o en beneficio de sus sobrevivientes en aquellos eventos en que la pérdida de su capacidad laboral o la muerte impidan acumular en su cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar su pensión¹⁰.

De la exposición precedente deduce que las reservas matemáticas que constituyen las entidades aseguradoras responsables del seguro de invalidez y sobrevivientes contratado por las AFP del RAIS están conformadas exclusivamente por recursos de la seguridad social, como lo ha sostenido la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera¹¹. Sin perjuicio de que tanto en los seguros de invalidez y sobrevivientes como en las pólizas constituidas para el pago de la pensión de vejez (accionante las trata de manera indistinta), las reservas matemáticas se constituyen póliza por póliza con recursos de la seguridad social provenientes de las cotizaciones de los afiliados, anota que en orden a lo dispuesto en los artículos 81 y 82 de la Ley 100 de 1993 las pólizas de seguros que se constituyan para garantizar el pago de pensiones de vejez en la modalidad de renta vitalicia (inmediata o diferida), se pagan en su totalidad con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, compuesta no solo por las cotizaciones pagadas durante su vida laboral, sino también por el bono pensional, los aportes voluntarios y los rendimientos financieros de la cuenta.

Encuentra evidente que las reservas matemáticas son reservas técnicas que en tratándose de pólizas adquiridas en el margen del RAIS están constituidas con recursos de la seguridad social, lo cual las diferencia sustancialmente de las

⁸ Cita como fuente el documento “El régimen de Reservas Técnicas en Colombia” de Fasecolda.

⁹ Previamente refirió al artículo 186 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a los artículos 2.31.4.1.2. y 2.31.4.1.6. del Decreto 2555 de 2010 (modificado por el Decreto 2973 de 2013).

¹⁰ Refiere a los artículos 20 (modificado por artículo 7° de la Ley 797 de 2003), 60 literal b, 70 y 135 de la Ley 100 de 1993.

¹¹ Concepto 1998030429-1 de 31 de agosto de 1999. Superintendente Delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantía.

reservas de estabilización cuya única fuente de recursos es el patrimonio propio de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Comenta que atendiendo el artículo 101 de la Ley 100 de 1993¹², dentro de los deberes de las sociedades AFP se encuentra el garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima en cada uno de los fondos de pensiones, que de no alcanzarse deberá responder con sus propios recursos, afectando en principio la reserva de estabilización de rendimientos que el Gobierno defina para el efecto, de tal manera que garantice a los afiliados que la rentabilidad mínima se abone a sus cuentas de ahorro individual.

Explica que dicha disposición legal fue reglamentada por el artículo 2.6.4.1.1. del Decreto 2555 de 2010, según el cual las sociedades que administren fondos de pensiones deben mantener una reserva de estabilización de rendimientos respecto de cada fondo que administren, correspondiente al 1% del valor del respectivo fondo. A su turno, el decreto aclara que las reservas de estabilización de rendimientos se conformarán “*con recursos propios de cada entidad administradora*”¹³, lo cual se corrobora al revisar el procedimiento para afectar la reserva de estabilización de rendimientos, según el cual si no es suficiente para cubrir el defecto en la rentabilidad mínima obligatoria presentado por el fondo, la administradora deberá afectar la parte restante de su patrimonio con el fin de cubrirlo¹⁴. En este evento, la Superintendencia Financiera podrá impartir orden de capitalización hasta por un monto igual a la cuantía respectiva y fijar los términos de su cumplimiento, para que se cubra íntegramente el defecto y se recomponga el patrimonio de la administradora, a efectos de cumplir las normas de margen de solvencia y de capital mínimo que rigen a la correspondiente sociedad.

Evidencia que la reserva de estabilización de rendimientos, a diferencia de la reserva matemática, está compuesta exclusivamente con recursos propios de la Administradora del Fondo de Pensiones, que en casos extremos pueden provenir incluso de una capitalización ordenada por la Superintendencia Financiera. Así, la reserva de estabilización de rendimientos no es una reserva técnica propiamente dicha, en tanto afecta el capital de la administradora en los términos del margen de solvencia que deben garantizarse para operar el negocio.

Lo anterior le permite afirmar que la reserva de estabilización de rendimientos no está compuesta por recursos de la seguridad social, toda vez que: “*desde la perspectiva netamente técnica la reserva matemática corresponde al valor esperado de lo pagado, mientras que la reserva de estabilización está en el contexto de lo inesperado (y poco probable) pero prudencialmente exigible a la administradora para la operación del negocio de administración de los fondos de pensiones. (...) Así las cosas, es posible concluir que las reservas matemáticas están orientadas a la cobertura de los fenómenos contingentes protegidos por el sistema de seguridad social en pensiones, esto es, la*

¹² Modificado por el artículo 52 de la Ley 1328 de 2009.

¹³ Artículo 2.6.4.1.3.

¹⁴ Artículo 11.3.16.1.2.

invalidez, la vejez y la muerte; mientras que la reserva de estabilización de rendimientos ha sido creada para proteger al afiliado al RAIS de un riesgo en el manejo financiero de los recursos que ha confiado a la administradora, esto es, la incapacidad de la administradora de obtener una rentabilidad mínima como resultado de la inversión de los recursos de los fondos administrados, y precisamente por ello, es que es evidente que se tratan de recursos ajenos a la seguridad social”.

No estima válido afirmar que ante la ocurrencia de un riesgo financiero que obligue a la administradora a cubrir el defecto de la rentabilidad mínima, los recursos propios de esta se conviertan instantánea e inexplicablemente en recursos parafiscales de destinación específica. Extrae de la sentencia C-179 de 1997 dos elementos que identifican los recursos de la seguridad social y que determinan la limitación de su uso: i) el origen, según el cual son recursos de la seguridad social los aportes parafiscales efectuados por empleadores y trabajadores para la cobertura en salud y pensión, así como los recursos del Presupuesto General de la Nación para garantizar el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social; y ii) la independencia en la administración, conforme a la cual los aportes parafiscales de la seguridad social son independientes del patrimonio de la entidad que los administra¹⁵, de manera que los recursos del fondo de pensiones y los recursos de la administradora no pueden ser administrados como una unidad.

Refuta el cuadro comparativo presentado por la accionante en su demanda, procediendo a exponer otro que cataloga más detallado y explicativo de las diferencias:

	Reserva matemática (RM)	Reserva de estabilización de rendimientos (RER)	Comentarios
Están conformadas por recursos de la seguridad social	SI	NO	Mientras la RM se engloba dentro de los recursos de la seguridad social cuyo tratamiento tributario está en el art. 135 de la Ley 100/93 y el Dcto. 841/98, la RER no corresponde a ingresos de seguridad social, al no contemplarlo la ley y ratificarlo la Administración de Impuestos y el Consejo de Estado ¹⁶
Están destinadas a	SI	NO	La RER constituye una garantía para el cumplimiento de la

¹⁵ Sentencias C-308 de 1994, C-824 de 2004 y C-593 de 2010, entre otras.

¹⁶ Sentencia número 16723 de 31-05-12. Sección Cuarta. Radicación 11001032700020070003600.

los fines propios del sistema de seguridad social en pensiones: pagar las pensiones en el RAIS			obligación de generar rentabilidad mínima sobre los fondos administrados, solo en el evento en que el fondo no supere lo requerido. En cualquier caso la discusión planteada por la demanda supone que si está destinado “al pago de pensiones” es una suma constitucionalmente protegida, lo cual no es cierto. Las sumas protegidas son las del sistema de seguridad social. No cualquiera que tenga como fin el pago de pensiones, ya que de aceptarse se llegaría a situaciones absurdas y subjetivas en las que cualquier rubro que tenga como fin el pago de las pensiones no sea gravable
¿Recursos son de propiedad de la administradora de pensiones?	NO	SI	Para constituir la RER la AFP parte de los ingresos obtenidos, los que al ser depurados producen una utilidad de la cual una porción se destina a conformarla. La reserva no solo es propiedad de la AFP sino que fue utilidad ¹⁷
Son reservas técnicas que garantizan el pago de las pensiones del RAIS según la póliza contratada	SI	NO	La RM es una especie de las reservas técnicas, necesaria para garantizar el pago de la póliza contratada, mientras que la RER es un recurso provisionado para ejercer el negocio de administración de fondo de pensiones
Las reservas son constituidas forzosamente por disposición	SI	SI	El hecho de que los recursos de la RER sean propios de las AFP, sobre los cuales no se predica una exención general en la normatividad de la seguridad social y tributaria, demuestra

¹⁷ Es curioso que sea una profunda diferencia aquella referida a los sujetos de los cuales se predica pero que se pretende dirimir presentando el punto de manera diferente. En el cuadro de la demanda se afirma: “recursos son de propiedad de la administradora de pensiones o de la aseguradora”, para de esta manera marcar “sí” en ambas columnas. Pero la pregunta puntual es si son recursos, ambos, de las AFP, caso en el cual la respuesta es abiertamente diferente.

legal			que no son recursos propios de la seguridad social. El hecho de constituirse forzosamente por la ley es una simple condición que el legislador ha querido prever para garantizar algunos mínimos, ya sea de funcionamiento o de solvencia
Los rendimientos constituyen ingreso (al menos contablemente) para la aseguradora o para la administradora según la reserva de que se trate	SI	SI	Igual comentario
Las reservas y sus rendimientos no pueden materializarse en la práctica como ingresos de la aseguradora/administradora	NO	NO	Es una afirmación vaga y simple producto de una interpretación incorrecta de la demandante. La RM en materia de pólizas de vida es un pasivo seguro a cargo de la aseguradora y a favor del asegurado (indefectiblemente ocurrirá la muerte o bien la vejez), mientras que la RER es una provisión de recursos para un riesgo que puede o no convertirse en un pasivo
Puede deducirse del impuesto sobre la renta	SI	NO	Mientras la RM no hace parte del cálculo de la base gravable del impuesto sobre la renta puesto que de acuerdo con el art. 135 de la Ley 100/93 y el art. 4° del Dcto 841/98 corresponde a recursos de la seguridad social, no sucede lo mismo con la RER puesto que en este caso el art. 207.2 num. 11 ¹⁸ se refiere solo a los rendimientos y no a la reserva

¹⁸ Adicionado por la Ley 1607 de 2012.

			misma. En cualquier caso el carácter de exento ha sido otorgado por el ejecutivo en virtud de la amplia libertad de configuración para el establecimiento de beneficios tributarios
Puede deducirse de la base gravable del CREE	SI	NO	En razón de la misma naturaleza de las diferentes reservas

De otra parte, señala que existe una interpretación incorrecta de la accionante respecto al artículo 207.2, numeral 11, del Estatuto Tributario, respecto del impuesto sobre la renta y complementarios, toda vez que las “*otras rentas exentas*” se refiere estricta y específicamente a los “*rendimientos*” de la reserva de estabilización y no a la reserva misma. Observa que el simple hecho de que la deducción en renta haya sido introducida hasta la Ley 1607 de 2012, es una clara demostración de que los mencionados recursos no corresponden a rubros o fondos del sistema general de seguridad social. Anota que el legislador se vio en la obligación de incluir dicho tratamiento expresamente en una ley tributaria, para hacer aplicable este aspecto en el impuesto sobre la renta. Si se tratase de un fondo propio de la seguridad social estaría cubierto por el artículo 48 superior, incluso desde antes de la Ley 100 de 1993, que sin ninguna duda habría sido expresado por el legislador, situación que nunca ocurrió y que no sucede actualmente. Precisa que el Consejo de Estado al revisar un concepto de la DIAN explicó que la reserva de estabilización de rendimientos o sus rendimientos no podían ser considerados como exentos o amparados por el artículo 48 de la Constitución¹⁹.

Respecto a la existencia de la deducción en renta, después de la Ley 1607 de 2012, advierte que ello no es indicativo de una omisión legislativa relativa o un supuesto tratamiento desigual, porque: a) si bien el CREE es un impuesto que grava el ingreso es una institución diferente del impuesto sobre la renta, con sujetos pasivos, base gravable y tarifas diferentes. Las exenciones y depuraciones de la base no solo no son iguales, sino que han sido determinadas por el legislador para cada caso especialmente y atendiendo la naturaleza de los sujetos, la capacidad contributiva y demás aspectos; y b) el Gobierno goza de iniciativa en materia de establecimiento de exenciones y, por demás, el legislador de una amplia facultad de configuración.

2. Instituto Colombiano de Derecho Tributario²⁰. Pide que se declare *exequible* la disposición parcialmente acusada. Aduce que las reservas matemáticas y de estabilización han sido definidas y diferenciadas por la

¹⁹ Sentencia número 16723 de 31-05-12. Sección Cuarta. Radicación 11001032700020070003600.

²⁰ Presentado el 02 de marzo de 2016, cuando el término probatorio se encontraba vencido.

normatividad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Manifiesta que las reservas matemáticas se definen como la diferencia entre el valor actual del riesgo futuro a cargo del asegurado y el valor actual de las primas netas pagaderas por el tomador, o es la diferencia resultante entre las primas recibidas y los siniestros pagaderos en los primeros años de seguros, que incrementada con las primas futuras y los intereses devengados, cubre con suficiencia los siniestros esperados en la medida en que estos ocurran²¹. Luego de citar la sentencia C-553 de 2007, deduce desde la perspectiva tributaria que las reservas matemáticas se entienden fácilmente como la prima recibida que no se ha devengado, la cual tiene una relación directa (prima-asegurado), puesto que parte de lo que se paga, es un pasivo con el asegurado.

Después señala que las reservas de estabilización de rendimientos se conforman con recursos propios de cada entidad administradora y están representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen²². Su finalidad radica que en el evento en que la rentabilidad que alcancen los fondos administrados esté por debajo del mínimo exigido, tales recursos cubran ese faltante, asegurando que el afiliado siempre obtendrá por su ahorro unos rendimientos financieros que permitirán la financiación de sus pensiones. Recursos que encuentra no son de libre disposición de las aseguradoras, sino una garantía para los afiliados en que la rentabilidad mínima exigida por la ley no sea alcanzada por la AFP.

Rentabilidad que también se destina a incrementar la cuenta individual de cada uno de los afiliados al Sistema General de Pensiones SGP, por lo que contribuye a la consolidación del ahorro pensional con el cual se otorgará, una vez cumplidos los requisitos legales, el derecho a una prestación económica propia del SGP. Informa que desde la óptica fiscal la reserva de estabilización se entiende como aquella que busca obtener unos determinados resultados financieros con el manejo de los recursos de la entidad prestadora de los servicios de la seguridad social, la cual tiene una relación indirecta (reserva-afiliado), puesto que la reserva no es un “*pasivo*” con el afiliado, sino que potencialmente puede usarse para garantizarle su rendimiento.

Luego de destacar apartes de la sentencia del Consejo de Estado número 16723 de 2012 que evidencia la diferencia entre las reservas matemáticas y de estabilización, desprende que no existe una similitud tributaria que permita por analogía calificar de exentas las reservas de estabilización, sino solamente a las reservas matemáticas como lo estableció el legislador, claro siendo los dos conceptos parte del contexto del régimen de seguridad social. Sin embargo, estima que no es un concepto suficiente para manifestar que las dos reservas se asimilan y, por tanto, no se puede hablar de una omisión legislativa relativa por violación de los artículos 13 y 48 de la Constitución.

²¹ Artículo 2° del Decreto 839 de 1991.

²² Artículo 2.6.4.1.3. del Decreto 2555 de 2010.

3. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Insta a declarar la “*inhibición*”²³ o en su defecto la *exequibilidad* de lo demandado. En primer lugar, sostiene que la Corte es incompetente para examinar el Decreto 841 de 1998, que tiene como propósito reglamentar parcialmente el Estatuto Tributario y la Ley 100 de 1993, siendo expedido en uso de las facultades de los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución.

Una vez indicado que tanto el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4º del Decreto 841 de 1998 fueron objeto de control de constitucionalidad y legalidad, concluye que las reservas de estabilización no tienen el estatus parafiscal puesto que los que gozan de tal carácter son los provenientes de las cotizaciones de los afiliados, mientras que estos se conforman con recursos propios de cada entidad administradora para garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima exigida a los fondos de pensiones. No observa que el artículo 48 de la Constitución imponga el deber al legislador de exonerar de tributar a las reservas de estabilización o recursos que garanticen el funcionamiento y debida administración del sistema, situación que resulta diferente tratándose de reservas matemáticas de pensiones las cuales hacen parte del pasivo pensional, garantizando la prestación en sí misma al respaldar los recursos que el afiliado aporta al sistema (Decreto 2555 de 2010, modificado por Decreto 2973 de 2013). De esta manera, no encuentra configurada la omisión legislativa relativa atribuida por la accionante.

4. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social²⁴. Pretende la *exequibilidad* al estimar que la presunta inconstitucionalidad no se deriva de la norma cuestionada sino de supuestos elaborados a partir de una inadecuada interpretación de la misma y de consideraciones subjetivas, al atribuirle a recursos propios la connotación de recursos del sistema de pensiones con el fin de beneficiarse del pago de tributos, por aquellos recursos obtenidos de la rentabilidad que las cotizaciones de sus afiliados le genera para su operación.

Anota que no se aprecia un trato desigual injustificado al no incorporar la reserva de estabilización de rendimientos en la disposición cuestionada, al no tratarse de una limitación al beneficio de desgravación, sino de una incorporación más a tal beneficio, ahora de cara a la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE. Luego de referir a varias disposiciones del Decreto 2555 de 2010²⁵, desprende que existen notorias diferencias entre las reservas matemáticas y de estabilización de rendimientos, última de las cuales no constituye un recurso que pertenezca al sistema de seguridad social, sino que es propio de los administradores²⁶.

²³ Se entre comillas esta palabra por cuanto el vocablo correcto a emplear por parte del interviniente era “incompetencia”.

²⁴ Adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El término de fijación en lista venció el 10 de marzo de 2016, mientras que la intervención fue presentada el 1 de abril siguiente.

²⁵ Artículos 2.6.4.1.1., 2.6.1.4.1., 2.6.4.1.2., 2.6.4.1.4, 2.31.4.2.1. y 2.31.4.2.4.

²⁶ Transcribe apartes de la sentencia del 28 de febrero de 2013 proferida por el Consejo de Estado, cuyo radicado es 110001-03-25-000-2009-00034.

Precisa que cuando se hace referencia al impuesto sobre la renta y al impuesto sobre la renta para la equidad CREE, los rendimientos del capital pensional deben tener un mismo tratamiento, toda vez que las pensiones como prestaciones periódicas se componen tanto de su capital como de sus rendimientos, mas no de sus reservas de estabilización y sus rendimientos, que buscan garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima sin que hagan parte del capital con propósitos tributarios como lo determinó el legislador.

Recalca que la exención establecida es para los beneficiarios de las pensiones y no para las entidades que las pagan. Después de aludir a una sentencia del Consejo de Estado del 28 de mayo de 2009²⁷, manifiesta que la reserva de estabilización de rendimientos carece de naturaleza parafiscal, por corresponder a recursos propios de las administradoras.

5. Universidad Santo Tomás. Solicita la *inexequibilidad* de lo acusado, por cuanto la destinación y finalidad de las reservas matemáticas y de estabilización de rendimientos son en últimas la de asegurar y proteger a los afiliados al sistema, particularmente mantener el equilibrio y financiamiento del sistema general de pensiones. Considera que existe una vulneración del principio de sostenibilidad que exige preservar el equilibrio financiero del sistema de pensiones como fin primordial del Estado. De esta manera, desprende que la norma demandada no se ajusta a los postulados constitucionales, puesto que el legislador no consideró una unificación temática respecto de la adquisición de los recursos del sistema pensional, desconociendo derechos adquiridos conforme a normas ulteriores que deben ajustarse primordialmente al fin de asegurar condiciones mínimas de financiamiento a los usuarios del sistema.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Público solicita la declaración de *inhibición* al pretenderse no la inconstitucionalidad pura y simple del aparte normativo que se demanda, sino una *inexequibilidad* condicionada, por lo que entiende que se busca adicionar otra situación tributaria que desde la particular interpretación de la accionante resulta omitida. Resalta que es la Corte, en ejercicio de sus competencias superiores en cada caso concreto y según las circunstancias normativas que revisa, la que debe decidir si se debe declarar la norma cuestionada ajustada al orden superior y solo en situaciones excepcionales, en aras del principio de conservación del derecho, mantenerla vigente bajo ciertas condiciones, como lo ha sostenido en la mayoría de las situaciones.

Respecto al alegato de que se trata de un decreto reglamentario considera indispensable *entrar al fondo del asunto*, toda vez que: i) con la norma demandada el legislador le da un alcance legal a la norma reglamentaria en lo relacionado con la determinación de la base gravable del CREE; y ii) el contenido del decreto reglamenta directamente el parágrafo 2º del artículo 135

²⁷ Radicación 25000-23-27-000-2004-01345-01-16127.

de la Ley 100 de 1993 sobre el tratamiento tributario a los seguros privados de pensiones, disposición que es referente directo del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 para efectos de permitir restar los seguros privados de pensiones de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio en el año gravable para determinar la base gravable del CREE.

Estima que se cumplen los requisitos de procedibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional en materia de omisión legislativa relativa, toda vez que i) existe la norma legal de la cual se predica el cargo, cual es el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014; ii) se omitió incluir en sus consecuencias jurídicas otro caso que, por ser presuntamente asimilable, debería estar incluido en el texto normativo que se cuestiona por omisión; iii) la presunta exclusión carece de un principio de razón suficiente que justifique constitucionalmente por qué allí se excluyen las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS y sus réditos como elemento restable para establecer la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE; y iv) se genera una desigualdad negativa para el caso omitido respecto del caso que sí se encuentra amparado por las consecuencias jurídicas de la norma.

Sin embargo, considera que el cargo presentado *no se formula con claridad* al limitarse a afirmar que hay un vicio de inconstitucionalidad pero sin demostrar las razones que sustentan tal afirmación. Indica que la accionante no explica cuál es la conexión estrecha con el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS que tienen las reservas de estabilización de rendimientos y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones, para poder justificar que efectivamente se haya configurado una omisión legislativa relativa.

De ingresarse al fondo del asunto encuentra que *no debe prosperar el cargo* porque “*no hay tal igualdad entre las reservas de estabilización de rendimientos y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones, toda vez que tales reservas no tienen una misma conexión estrecha con el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS*”. Destaca que el RAIS está basado en la existencia de cuentas de ahorro individual que en conjunto constituyen fondos de pensiones y tienen por finalidad recaudar los aportes pensionales de sus afiliados y hacer las inversiones financieras de los mismos con el fin que generen rentabilidad, por lo que jurídicamente se constituyen como patrimonios autónomos que son de propiedad de sus afiliados²⁸.

Informa que para la administración de los fondos de pensiones se establecen sociedades administradoras de fondos de pensiones²⁹ cuyos patrimonios son independientes de los patrimonios de los fondos que tienen a su cargo y cuyos ingresos proceden de los costos de administración de los fondos que cobran a todos y a cada uno de los afiliados al respectivo fondo³⁰, incluidas las

²⁸ Artículos 60 literal d) y 97, Ley 100 de 1993.

²⁹ Artículo 90, Ley 100 de 1993.

³⁰ Idem. Artículo 60 literal d).

comisiones por mejor desempeño³¹. Asegura que de hecho ha habido momentos en que la mayoría de la rentabilidad de los fondos se ha destinado a gastos de administración y seguros que deben pagárseles a las administradoras de los fondos de pensiones³².

Como una obligación que tiene por finalidad hacer que las sociedades AFP cumplan su misión eficientemente, advierte que ellas deben garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones que administran³³. Y cuando la rentabilidad requerida no se alcance dentro del giro ordinario de administración de los fondos de pensiones, las administradoras de tales fondos deben garantizar dicha rentabilidad mínima con su propio patrimonio³⁴; para lo cual las sociedades administradoras deben constituir con recursos de su propio patrimonio una reserva de estabilidad de rendimientos³⁵.

De otra parte, explica que cuando el afiliado a un fondo de pensiones del RAIS adquiere los requisitos para pensionarse, el propio afiliado o el beneficiario contrata a su libre elección y en forma directa e irrevocablemente con una compañía aseguradora una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, en la forma de renta vitalicia inmediata o diferida con los recursos que posea en su cuenta individual dentro del fondo de pensiones del RAIS al cual se encuentre afiliado, cuando cumpla los requisitos para poder contratar dicha pensión³⁶. Asegura que con los recursos que reciben las compañías de seguros por el contrato pensional que pactan, aquellas constituyen las reservas matemáticas correspondientes para poderlos administrar en forma independiente de los demás recursos captados por las distintas modalidades de aseguramiento, reservas que a su vez generan rendimientos que están destinados al mismo propósito pensional³⁷.

³¹ Idem. Artículo 104 literal d).

³² Así sucedió con la rentabilidad de los fondos de 1994, donde estos rindieron 40.3% pero los costos de comisiones se llevaron el 32.6% de tal rentabilidad, habiendo recibido los fondos una rentabilidad real de solo el 7%, lo cual no cubrió el crecimiento de la inflación que fue del 22.6%. Ver Mejía Mazuera, Jaime. Rendimiento de las pensiones fue de 7.0%. El Tiempo, 28 de abril de 1995 (Fuente: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-319036>, consultada el 6 de abril de 2016): “Los afiliados a los fondos de pensiones solo recibieron una rentabilidad del 7.0 por ciento entre mayo y diciembre de 1994, tasa que no alcanza a cubrir el crecimiento de la inflación, que fue del 22.6 por ciento. (Rentabilidad de Fondos de Pensiones). Así lo reveló la Superintendencia Bancaria al presentar el balance de las sociedades administradoras de fondos de pensiones. El informe señala que si bien los recursos de los trabajadores rindieron 40.3 por ciento, los costos de las comisiones (que incluyen seguros y gastos administrativos), se llevaron el 32.6 por ciento de la rentabilidad”.

³³ Artículo 60 literal e), Ley 100 de 1993.

³⁴ Artículo 60 literal f), Ley 100 de 1993.

³⁵ Artículo 101, Ley 100 de 1993: “En aquellos casos en los cuales no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos que el Gobierno Nacional defina para estas sociedades”.

³⁶ Artículos 79, 80 y 82, Ley 100 de 1993: “La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho (...). El retiro programado con renta vitalicia diferida, es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada”.

³⁷ Cuevas, María Claudia. El régimen de las reservas técnicas en Colombia. Fasecolda, 2011: “Las reservas matemáticas representan el pasivo que la entidad tiene para con sus asegurados. Es un concepto aplicable a productos de seguros personales en los que se dan las condiciones de cobertura plurianual, prima nivelada y riesgo creciente. Conceptualmente, la reserva matemática equivale a la acumulación (con intereses) de las primas percibidas en exceso del riesgo de cada año para hacer frente al riesgo futuro”.

Lo anterior le permite determinar que *“en el RAIS los fondos de pensiones son sistemas de ahorro e inversión para lograr acumulaciones de capital para que sus afiliados se pensionen, mientras que las sociedades Administradoras de Pensiones son las que administran dichos fondos, (...), y las compañías aseguradoras son las que pensionan a los afiliados de los fondos de pensiones cuando éstos las contratan para ello. Y, en ese sentido, los fondos de pensiones se financian con los aportes de sus afiliados y los rendimientos que obtienen a partir de la administración que de sus recursos hacen las sociedades administradoras. Mientras que, por su parte, las administradoras de los fondos de pensiones deben hacer la más eficiente administración posible de los recursos de los fondos de pensiones, buscando la mayor rentabilidad posible. Por tal razón y para asegurar que las administradoras actúen eficientemente, aquellas deben responder con su propio patrimonio cuando los fondos no alcancen la rentabilidad mínima (...), para lo cual, entre otras obligaciones, deben constituir con sus propios recursos reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones”*.

Observa que tales reservas son recursos pertenecientes al patrimonio de las sociedades administradoras, lo mismo que los rendimientos que generen, siendo constituidas por orden legal a manera de un auto seguro que solo se activa de ocurrir el siniestro para el cual fueron establecidas, cual es que los fondos de pensiones que administran no alcancen la rentabilidad mínima fijada por el Gobierno. Entiende que estas reservas de estabilización de rendimientos representan un riesgo normal y previsible que deben asumir las sociedades AFP, como parte de su interés en obtener ganancias de la administración de los fondos a su cargo y de las mismas reservas de estabilización que deben constituir.

Deduca que se trata de recursos que no pertenecen a los fondos de pensiones, razón por la cual no están protegidos por el mandato constitucional de destinación exclusiva a sus finalidades que, por el contrario, tienen los recursos de la seguridad social³⁸ -como si lo están los recursos de los fondos de pensiones del RAIS-, circunstancia por la que, además, pueden ser objeto de medidas tributarias impositivas, como resulta de la norma demandada.

Por su parte, encuentra que las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, son recursos destinados directamente a satisfacer el derecho a la seguridad social pensional de quien haya contratado el seguro pensional con la empresa aseguradora, por lo que sí están protegidos por el mandato constitucional de destinación exclusiva, no siendo objeto de medidas tributarias, como ocurrió al permitir el legislador restar de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio en el año gravable, las reservas

Fuente: <http://www.fasecolda.com/files/1713/9101/5727/el> régimen de reservas técnicas en Colombia.pdf, consulta el 6 de abril de 2015.

³⁸ Artículo 48 de la Constitución.

matemáticas de los seguros de pensiones y sus rendimientos, para establecer la base gravable del CREE de las compañías de seguros.

Ello le permitió concluir que *“no existe ninguna igualdad entre las reservas de estabilización de rendimientos y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones, porque tales reservas no tienen una (...) conexión estrecha con el pago de las pensiones de los afiliados al RAIS, ya que las primeras obedecen a un reaseguramiento de la rentabilidad mínima de los fondos de pensiones como una eventualidad a cargo del patrimonio de los fondos de pensiones, mientras que las segundas aluden al pago de pensiones con los recursos, y sus respectivos rendimientos, que el contratante del seguro pensional aportó para tal efecto, reservas que por ende se rigen por normas y finalidades distintas dentro del RAIS”*.

Como segunda petición subsidiaria, solamente por el cargo de omisión legislativa, la vista fiscal solicita que se declare *ajustado al orden superior* que el Congreso haya permitido restar de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio en el año gravable, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones y sus rendimientos, para establecer la base gravable del CREE de las compañías de seguros.

Precisa que si bien la demandante no acierta en la formulación del cargo también lo es que suministra elementos de juicio suficientes para que el Ministerio Público observe que *“de no resultar procedente restar las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades administradoras de tales fondos en el año gravable, se entendería que dichas reservas hacen parte de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades administradoras de fondos de pensiones en el año gravable con lo cual se estaría violando el principio de justicia tributaria³⁹”*.

Lo anterior, atendiendo que el artículo 21 de la Ley 1607 de 2012 establece que: *“el hecho generador del Impuesto sobre la Renta para la Equidad CREE lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o periodo gravable”* y en el caso de las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS, estas nos constituyen ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones, al tratarse de recursos del patrimonio propio de esas sociedades que se afectan para constituir un auto seguro con el propósito de cubrir la eventualidad de que los fondos de pensiones no alcancen su rentabilidad mínima, por pérdidas en las inversiones que realizan las administradoras de tales fondos.

Siendo así las cosas, determina que en caso de que la Corte decida conocer de fondo este asunto, no por el cargo de omisión legislativa sino por las razones

³⁹³⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 95 numeral 9º: *“Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”*.

expuestas por el Ministerio Público, solicita que se declare ajustado al orden superior el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, en su forma modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014⁴⁰, pero *“bajo el entendido de que las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS no hacen parte de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones en el año gravable para determinar la base gravable del CREE. Ahora bien, en relación con los réditos que generen las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS durante el año gravable, se considera que estos sí deben formar parte de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones en el respectivo año gravable, ya que se trata de ganancias que perciben las sociedades administradoras de tales fondos e incrementan su patrimonio”*.

En consecuencia, solicita que la Corte se declare *inhibida* por ineptitud sustantiva de la demanda, ya que se hizo una solicitud en sí misma improcedente -constitucionalidad condicionada-, así como por la ausencia de presupuestos procesales requeridos como es la falta de claridad. Agrega que en caso de que se decida conocer de fondo el presente asunto, no por el cargo de omisión legislativa formulado que encuentra ajustado a la Constitución, sino por las razones que aduce dicho organismo, esto es, por vulneración del principio de justicia tributaria, como segunda petición pide declarar *exequible* el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, bajo el entendido que las reservas de estabilización de rendimientos de los fondos de pensiones del RAIS no hacen parte de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio de las sociedades AFP en el año gravable para determinar la base gravable del CREE, pero sí lo hacen los réditos que generen tales reservas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto, por cuanto la norma parcialmente acusada hace parte de una Ley de la República - artículo 241.4 superior-. La remisión que hace la disposición legal demandada⁴¹ a un decreto reglamentario (841 de 1998, artículo 4°), constituye una forma de incorporación del mismo al ordenamiento legal, en virtud de la potestad de configuración legislativa (art. 150.1 superior). Por tal razón, no le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cuando reclaman de esta Corporación una incompetencia, toda vez que el legislador le dio un alcance legal a dicha

⁴⁰ Se solicita la constitucionalidad de todo el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 porque el artículo 21 de esta ley establece que: *“el hecho generador del Impuesto sobre la renta para la Equidad (CREE) lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o periodo gravable”*, pero de conformidad con el artículo 22 de la misma ley.

⁴¹ Artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, modificada por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014.

norma reglamentaria en lo relacionado con la determinación de la base gravable del CREE⁴².

2. Aptitud sustantiva de la demanda y determinación del problema jurídico

2.1. Procedencia del examen de fondo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita la inhibición al considerar que el cargo formulado i) no delimita explícitamente los cargos que se endilgan (claridad); ii) se soporta en una interpretación incorrecta ya que el legislador dispuso excluir solamente las reservas matemáticas, además de que se asimilan figuras diferentes (certeza); iii) parte de afirmaciones generales representadas en la supuesta naturaleza asimilable de las reservas, así como sus rendimientos (especificidad); iv) está viciado de subjetividad y de conveniencia (pertinencia); y v) no demuestra la oposición de lo demandado con la Constitución (suficiencia). De igual manera, la Procuraduría General de la Nación pide inhibición por dos circunstancias: una, falta de claridad al no demostrar las razones que sustentan la inconstitucionalidad, es decir, al no explicar la conexión estrecha entre las reservas que justifique la omisión legislativa endilgada. Otra, al pretenderse la exequibilidad condicionada y no la inconstitucionalidad pura y simple de lo impugnado.

Al respecto, este Tribunal considera que no le asiste la razón a quienes solicitan la inhibición porque la demanda presentada por omisión legislativa relativa por violación de los principios de igualdad y seguridad social satisface los requerimientos mínimos exigidos para un pronunciamiento de fondo, al contar con la estructura argumentativa necesaria para advertir la existencia de un cargo apto de inconstitucionalidad⁴³.

En términos del artículo 40.6 de la Constitución, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para la efectividad de este derecho puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Ello permite caracterizar la acción de inconstitucionalidad como una herramienta de *naturaleza pública e informal*, que abandona los excesivos formalismos técnicos o rigorismos procesales para beneficiar a la ciudadanía y el interés general, siempre que sea posible advertir la exposición adecuada del concepto de la violación, es decir, la existencia de argumentos que muestren la oposición objetiva y verificable entre lo demandado y la Carta Política, así no se participe del razonamiento presentado o se termine declarando la exequibilidad⁴⁴.

⁴² Cfr. sentencias C-858 de 2006 y C-710 de 2001, que señalaron: “La remisión constituye una forma por medio de la cual el legislador incorpora a la ley un texto diferente, esto significa que tal y como los otros asuntos que trata la ley, el texto al que se remite es el que en el presente existe y el legislador ha considerado apropiado para incorporar a la ley y por ende los cambios al mencionado texto deberán hacerse por cuenta del mismo legislador tal y como se modifica, deroga o se crea otra ley”.

⁴³ Cfr. sentencias C-209 de 2016, C-449 de 2015, C-795 de 2014, C-595 de 2010, C-523 de 2009 y C-149 de 2009.

⁴⁴ Sentencias C-209 de 2016, C-449 de 2015, C-795 de 2014, C-359 de 2013, C-595 de 2010 y C-523 de 2009.

La presentación de la acción no esté exenta del cumplimiento de un mínimo de requisitos (art. 2º, Decreto ley 2067 de 1991), que exigen expresar las razones por las cuales se estima violado el texto constitucional⁴⁵: *“La acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicie realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte [suficiencia]”*⁴⁶.

En el presente asunto, la Corte verifica que se satisface apropiadamente el concepto de la violación. Como puede extraerse de la demanda inicial y del escrito correctivo para la accionante el artículo 11, parcial, de la Ley 1739 de 2014, modificatorio del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, incurre en una omisión legislativa relativa por violación de los artículos 13 y 48 superiores, toda vez que al determinar la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, permitiendo restar de los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio las rentas exentas de que trata el artículo 4º del Decreto 841 de 1998, esto es, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, no hizo lo mismo respecto a las reservas de estabilización y sus rendimientos, a pesar de que ambas tienen una naturaleza similar y están afectas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS.

El concepto de la violación parte de establecer una situación de desigualdad negativa injustificada, cuando la constitución de ambas está motivada por la misma razón como lo es la protección del derecho a la seguridad social de los afiliados, la garantía del ahorro pensional y a largo plazo el derecho a pensionarse. Para la accionante han debido recibir la misma protección legal por tener una naturaleza y función similar, lo que hacía imperioso que las

⁴⁵ En términos generales la carga mínima de argumentación en las demandas de inconstitucionalidad resulta indispensable por cuanto de no atenderse dichos presupuestos procesales podría frustrarse la expectativa de obtener una decisión de fondo. Su exigencia permite hacer un uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana. No debe olvidarse que conforme al artículo 241 superior, no corresponde a la Corte revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente hubieran sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que sólo pueda adentrarse en el estudio y resolución de un asunto una vez se presente la acusación en debida forma. Cfr. Sentencias C-081 de 2014, C-281 de 2013, C-610 de 2012, C-469 de 2011, C-595 de 2010, C-069 de 2009, C-508 de 2008, C-451 de 2005, C-480 de 2003, C-1052 de 2001 y C-447 de 1997.

⁴⁶ Así lo ha recogido la Corte desde la sentencia C-1052 de 2001, al indicar que las exigencias del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 constituyen una carga mínima de argumentación que debe cumplir todo ciudadano. Cfr. sentencias C-795 de 2014, C-533 de 2012, C-456 de 2012, C-198 de 2012, C-101 de 2011, C-029 de 2011, C-028 de 2011, C-102 de 2010, C-025 de 2010, C-372 de 2009, C-1087 de 2008, C-293 de 2008, C-922 de 2007, C-370 de 2006, C-1197 de 2005, C-1123 de 2004, C-901 de 2003, C-889 de 2002, C-183 de 2002 y C-1256 de 2001.

reservas de estabilización y sus rendimientos fueran incluidas dentro de los valores que pueden descontarse en la determinación de la base gravable del CREE.

Deriva la accionante que aunque es cierto que las reservas matemáticas no son en sentido estricto recursos de la seguridad social al pertenecer a las aseguradoras las cuales deben mantener disponibles por largos periodos de tiempo para la cancelación de las rentas vitalicias, atendiendo la conexión estrecha con el pago de pensiones el legislador decidió incluirlas dentro de las rentas que pueden excluirse de la base gravable del CREE. Señala que las reservas de estabilización y sus rendimientos se instituyeron como una garantía de rentabilidad mínima de los ahorros de los afiliados al RAIS para que cuenten con los recursos suficientes en orden a financiar las pensiones, recursos que si bien son de las administradoras solo pueden ser utilizados para garantizar los ahorros de los afiliados al RAIS, asegurando los recursos suficientes para el pago de pensiones.

En esta medida, encuentra la Corte que se cumplen los presupuestos mínimos requeridos para proferir una decisión de fondo, toda vez que se exponen razones de inconstitucionalidad, aun cuando no pudiera participarse de las reflexiones que se presentan al examen constitucional. Es claro para esta Corporación que una solicitud de inhibición no puede sustentarse en lo que debe ser objeto precisamente de discusión y respuesta constitucional, como lo es si respecto de las reservas de estabilización y sus rendimientos se configura un silencio parcial del legislador que vulnera los derechos a la igualdad y a la seguridad social. Adicionalmente, dado que este asunto reviste cierto grado de complejidad por el carácter altamente técnico de la materia a estudiar, de llegarse incluso a sostener que las reservas en cuestión (matemática y de estabilización) no son figuras asimilables, finalmente la obligación de este Tribunal era proceder a valorar y responder de fondo el asunto que nos ocupa⁴⁷.

Lo expuesto permite a este Tribunal avizorar *ab initio* una demanda apta de inconstitucionalidad, porque la acusación se ampara en razones *claras* al permitir comprender la motivación de la demanda y lo pretendido; *ciertas* al atacar el contenido de la norma parcialmente acusada bajo una interpretación que se encuentra razonable; iii) *específicas* al mostrar con precisión la manera como se confrontan el aparte legal impugnado con las disposiciones constitucionales consideradas infringidas; iv) *pertinentes* porque los argumentos expuestos son de naturaleza constitucional y comprometen la disposición en conflicto; y v) *suficientes* al generar una duda mínima en torno a la exequibilidad de lo demandado.

⁴⁷ En la sentencia C-283 de 2014 se reiteró la posición de esta Corte sobre el principio *pro actione* según el cual: “el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”. De esta forma, la exigencia de requisitos formales para una demanda de inconstitucionalidad: “(i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio el derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor”.

Al fundamentarse el concepto de la violación en la existencia de una omisión legislativa relativa, la Corte encuentra que se observan también los presupuestos esenciales exigidos para este tipo de demandas, como lo acoge en su concepto la Procuraduría General de la Nación. De este modo, la accionante determinó de forma adecuada la norma respecto de la cual se predica el cargo, la exclusión de sus consecuencias jurídicas de una situación asimilable, la ausencia en principio de una razón suficiente para la exclusión, la generación de una presunta situación de desigualdad respecto del evento no incluido y la existencia del mandato constitucional específico que obliga a contemplar el ingrediente excluido.

Finalmente, el argumento adicional de la Procuraduría General de la Nación para solicitar la inhibición tampoco se atenderá por cuanto la accionante solicitó igualmente la inconstitucionalidad de la expresión demandada. Además la Corte desde la sentencia C-149 de 2010 ha precisado su jurisprudencia constitucional sobre la materia para sostener que al accionante no se le puede exigir para que una demanda sea admitida y estudiada de fondo que reclame necesariamente su inexequibilidad, *“cuando según sus propias convicciones razonablemente fundadas considera que la norma no es integral o parcialmente inexequible, pero sí que lo es mientras no exista un condicionamiento específico de la Corte debidamente justificado por el actor en cada proceso. Lo contrario, como lo señala el Procurador General de la Nación, equivale a imponerle una carga de deslealtad procesal al ciudadano, quien estaría entonces ante el imperativo de pedir algo con lo cual razonablemente está en desacuerdo. Además es tanto como adjudicarle al ciudadano, al menos en ciertos casos, la carga de obrar contra la inviolabilidad de sus propias convicciones morales, lo cual resulta aparte de innecesario constitucionalmente inaceptable a la luz de las libertades consagradas en la Carta”*⁴⁸.

En suma, el cargo de inconstitucionalidad formulado por omisión legislativa relativa por violación de los principios de igualdad y seguridad social efectivamente plantea un problema jurídico de relevancia constitucional que genera dudas suficientes sobre la constitucionalidad de la expresión legal cuestionada, por lo que no se accederá a las solicitudes de inhibición presentadas.

2.2. Problema jurídico y metodología de decisión. La Corte debe establecer ¿si el legislador al aprobar el artículo 11, parcial, de la Ley 1739 de 2014, modificatorio del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, incurrió en una *omisión legislativa relativa* por violación de los artículos 13 (igualdad) y 48 (seguridad social) superiores, ya que al entrar a determinar la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, permitiendo dentro del sistema de depuración establecido restar de los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio, entre otras, las rentas exentas de que trata el artículo 4º del

⁴⁸ Reiterada en las sentencias C-020 de 2015, C-088 de 2016 y C-159 de 2016.

Decreto 841 de 1998, esto es, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, no hizo lo mismo (omisión por falta de inclusión) respecto a las reservas de estabilización y sus rendimientos, cuando ambas comparten una naturaleza similar y están afectas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS?

La mayoría de los intervinientes⁴⁹ como el Procurador General de la Nación respecto del cargo específicamente formulado solicitan que el aparte impugnado se declare exequible.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte habrá de referir: i) a la actividad aseguradora en Colombia; ii) al sistema pensional de la Ley 100 de 1993, particularmente a las reservas técnicas en el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS; iii) a la política tributaria y sus límites; iv) a la naturaleza jurídica del impuesto sobre la renta para la equidad CREE y la exención de la reserva matemática en materia pensional; v) al control de constitucionalidad de la omisiones legislativas relativas en materia tributaria, para así vi) entrar a resolver el asunto *sub examine*.

3. La actividad aseguradora en Colombia

Dentro del régimen económico colombiano acoge importancia las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a las cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de interés público, que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y de conformidad con la ley. Los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución prescriben que las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, se consideran de interés público y que estarán sujetas a la intervención, vigilancia y control estatal. Igualmente, se señala que al Presidente de la República corresponde ejercer el control y vigilancia de las cooperativas y sociedades mercantiles.

La Corte en materia de actividad aseguradora ha considerado que la Carta Política no previó una definición, por lo que el legislador goza de un amplio margen de configuración al momento de establecer el criterio definitorio de la misma (material, formal, orgánico, etc.), que se encuentra sujeta a los valores, principios y derechos constitucionales. Ha explicado que del ordenamiento superior no se desprende que dicha actividad sea exclusivamente la que se desarrolla como contrato de seguros u otra figura jurídica -criterio formal- o solo aquella que cumplen las compañías aseguradoras -criterio orgánico-. Tampoco que toda actividad que implique la asunción de un riesgo sea aseguradora -criterio material- o que la intervención y vigilancia deba llevarse a cabo bajo unas mismas reglas y un mismo órgano⁵⁰.

⁴⁹ Salvo la Universidad Santo Tomás.

⁵⁰ Sentencias C-432 de 2010 y C-940 de 2003.

La doctrina jurídica brinda una noción generalmente aceptada de actividad aseguradora consistente en que en ella siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización. Así lo acogió esta Corporación al manifestar que la mutualidad *“parte de la base de que si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los individuos aisladamente considerados, para la colectividad no. Porque entonces entra en juego la Ley de los Grandes Números y el Cálculo de las Probabilidades y, con ellas, la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales”*⁵¹ (...) *Ciertamente, es comúnmente sabido que las bases técnico - matemáticas de la actividad aseguradora se encuentran en la estadística, como ciencia que sólo opera en relación con grandes números; por lo cual la existencia de un gran número de entes económicos expuestos a la contingencia de un peligro eventual y análogo, que bajo cualquier forma se organizan para soportar mutuamente tal contingencia, suele entenderse como actividad aseguradora”*⁵².

En términos del profesor J.J. Garrigues, el contrato de seguros *“es aquel que persigue dar seguridad contra determinado riesgo por la certeza que otorga de que al sobrevenir la situación temida, se tendrá a disposición el valor económico que la compense”*⁵³. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su momento afirmó que el contrato de seguro *“es aquel negocio solemne (hoy en día consensual), bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina prima, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al asegurado los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, (...) o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)”*⁵⁴.

El Código de Comercio señala que el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso u de ejecución sucesiva⁵⁵. Como partes del contrato establece: i) el asegurador, esto es, la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada y ii) el tomador, es decir, la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos⁵⁶. De esta manera, el contrato de seguros es aquel en el cual una parte, el asegurado, se obliga al pago de una prima⁵⁷ a favor de la otra parte, el asegurador, para que éste a cambio se

⁵¹ J. Efrén Ossa Gómez. Tratado elemental de seguros. Ed. Bedout. Medellín. 1956. Pág. 15.

⁵² Sentencias C-432 de 2010 y C-940 de 2003.

⁵³ Curso de derecho mercantil. Tomo IV. 7ª Edición. Bogotá. Temis. 1987. Pág. 251. Cfr. Aspectos tributarios del contrato de seguros. Comentarios y normatividad colombiana. Universidad del Rosario. 2008.

⁵⁴ Sentencia 02 de 24 de enero de 1994. Cfr. expediente 4894, sentencia del 29 de enero de 1998.

⁵⁵ Artículo 1036.

⁵⁶ Artículo 1037.

⁵⁷ Es la contraprestación que recibe la compañía aseguradora por prestar el servicio y asumir el riesgo. Se calcula atendiendo la probabilidad matemática de ocurrencia del siniestro asegurado y su posible valor, esto es, la índole del riesgo, así como las erogaciones que la aseguradora debe realizar para administrar,

obligue para con aquél o un tercero, en el evento de materialización del riesgo amparado, al pago de una prestación⁵⁸.

A nivel de elementos esenciales del contrato se determinan: 1) el interés asegurable, 2) el riesgo asegurable, 3) la prima o precio del seguro y 4) la obligación condicional del asegurador⁵⁹. Además, el asegurador está obligado a entregar la póliza que debe expresar las condiciones generales del contrato⁶⁰. Dentro de las modalidades de seguros se identifica: i) los de daños (incendio, transporte, responsabilidad -ecológico y manejo y cumplimiento- y reaseguro) y ii) los de seguros de personas (vida)⁶¹.

4. El sistema pensional de la Ley 100 de 1993. Las reservas técnicas en el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS

4.1. El régimen de ahorro individual con solidaridad

4.1.1. En la búsqueda de la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos, el Constituyente de 1991 estableció la forma organizativa de Estado social de derecho, fundado, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en el trabajo (art. 1º superior)⁶². Dentro de este marco acoge importancia la *seguridad social* reconocida en los artículos 48 y 53 del Estatuto Fundamental, que presenta una *triple* dimensión toda vez que: i) es un principio mínimo fundamental de la relación laboral, ii) es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes y iii) es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado⁶³. Además, se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Puede manifestarse que la Constitución acoge, en correspondencia con el orden internacional⁶⁴, un concepto amplio de la seguridad social que, como

promocionar, colocar y adquirir los bienes y servicios para su funcionamiento, además de garantizar su solidez financiera. Ob. cit. Aspectos tributarios del contrato de seguros. Sofía Regueros de Ladrón de Guevara. Págs. 96-97.

⁵⁸ O.R. Amigó, Introducción. El Homenaje del hecho imponible de Dino Jarach. Paraná. Ediciones Interoceánicas, 1994. Pág. 12. Cfr. Aspectos tributarios del contrato de seguros. Comentarios y normatividad colombiana. Universidad del Rosario. 2008.

⁵⁹ Artículo 1045.

⁶⁰ Artículos 1046 y 1047.

⁶¹ Sobre la naturaleza y características del contrato de seguro puede consultarse la sentencia T-751 de 2012.

⁶² La orientación social del Estado significa que debe propender por el bienestar integral de los asociados en aras de contrarrestar las desigualdades sociales y ofrecer a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales. Su objetivo principal es combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores o grupos de la población prestándoles asistencia y protección. Ver sentencias C-579 de 1999, SU.747 de 1998 y T-426 de 1992, entre otras.

⁶³ En palabras de la Corte Constitucional la seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra las capacidades y oportunidades de las personas y su núcleo familiar, para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. Esta definición hace particular énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situación de miseria o indigencia. Ver sentencias C-1064 de 2001, T-1083 de 2000, C-125 de 2000 y T-116 de 1993..

⁶⁴ Este asunto de la seguridad social ha sido motivo de preocupación en el ámbito internacional de los derechos humanos como puede apreciarse con la expedición, entre otros, de los siguientes instrumentos

derecho fundamental, *“incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona”*⁶⁵. En la Observación General 19 de 2007⁶⁶, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sostuvo que la seguridad social comprende el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, bien sea en el sector público o en el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales.

Como elementos de la seguridad social identificó: i) disponibilidad-sistema de seguridad social, ii) riesgos e imprevistos sociales que comprenden: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos, iii) nivel suficiente, iv) accesibilidad que implica cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico, y v) relación con otros derechos.

De otra parte, el artículo 48 de la Constitución también señala que: *“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”*. En desarrollo del derecho a la seguridad social el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993 que crea el Sistema de Seguridad Social Integral, que ha sido objeto de múltiples modificaciones. Regula cuatro ámbitos: el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Profesionales y los Servicios Sociales Complementarios.

Respecto al carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica que tienen los recursos del sistema de seguridad social en pensiones⁶⁷, la sentencia C-178 de 2016 rememoró que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de definir el alcance y explicar la validez constitucional de las *contribuciones parafiscales*, las cuales se basan en los principios de solidaridad e igualdad, y en los mandatos que ordenan la promoción de ciertas actividades o sectores de la economía. Se trata de pagos obligatorios al surgir de la potestad fiscal del Estado, además que solo obligan a un grupo y se invierten en el mismo. También deben respetar el principio de legalidad, es decir, la definición precisa de los sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables y tarifas. Bajo este contexto, se reiteraron las características esenciales de las contribuciones:

“En esa oportunidad se dijo que los rasgos definitorios de las contribuciones parafiscales eran la obligatoriedad, singularidad y

internacionales: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador (1988).

⁶⁵ Ver sentencias C-107 de 2002 y C-408 de 1994.

⁶⁶ El derecho a la seguridad social. Introducción y articulado.

⁶⁷ Sentencias C-663 de 2009 y C-155 de 2004.

destinación sectorial, que definió así: “[...] Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento. [...] Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico. [...] Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”. Sin embargo, conviene aclarar, respecto de esto último, que “[l]a destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él”. Sentencias C-167 de 2014, C-621 de 2013, C-152 de 1997 y C-577 de 1995.

4.1.2. El Régimen de Pensiones tiene por objeto *“garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”*⁶⁸.

Como *características* del sistema general de pensiones se instituye que: a) la afiliación es obligatoria para los trabajadores dependientes e independientes e implica efectuar los aportes de ley; b) la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria; c) los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes; d) las entidades administradoras de cada uno de los regímenes estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia⁶⁹; e) los recursos del sistema se destinan exclusivamente al mismo y no pertenecen a la Nación ni a las entidades que los administran; f) el Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del sistema de pensiones, garante de los recursos pensionales y controla su destinación exclusiva, custodia y administración; y g) los costos de administración del sistema permiten una comisión razonable a las administradoras que se determina por la ley⁷⁰.

4.1.3. El legislador diseñó *dos regímenes solidarios de pensiones*, excluyentes pero que coexisten, a saber⁷¹:

i) El *régimen solidario de prima media con prestación definida* en que *“los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de*

⁶⁸ Ley 100 de 1993, artículo 10. Cfr. sentencia C-841 de 2003.

⁶⁹ Mediante el artículo 1° del Decreto 4327 de 2005 se dispuso fusionar la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

⁷⁰ Ley 100 de 1993, artículo 13.

⁷¹ Ley 100 de 1993, artículo 12.

*sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas*⁷². En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los gastos de administración y la constitución de reservas⁷³. Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones⁷⁴ y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado mientras subsistan, existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993⁷⁵.

ii) El *régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)* definido como “*el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*”⁷⁶. Este régimen está basado en “*el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados*”⁷⁷.

En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media con prestación definida, sino que son depositados en una cuenta de ahorro pensional constituida a título individual. Las cotizaciones obligatorias o voluntarias se abonan a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado a prorrata del o los Fondos de Pensiones que elija o sea asignado, de forma que la cuenta está conformada por subcuentas que incorporan lo abonado en cada fondo⁷⁸.

A los afiliados se les deben enviar por las administradoras un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas⁷⁹. Como las administradoras ofrecen diferentes fondos de pensiones, esquema multifondos, los afiliados escogen los que se ajusten de mejor manera a sus edades y perfiles de riesgo,

⁷² Ley 100 de 1993, artículo 31.

⁷³ Ley 100 de 1993, artículo 32, literal b. La Corte declaró exequible la expresión “*de naturaleza pública*” por no violar los artículos 48 y 58 de la Constitución, en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacer parte pertenecen a la Nación (sentencia C-378 de 1998).

⁷⁴ Artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Cfr. Decreto 2013 de 2012.

⁷⁵ Ley 100 de 1993, artículo 52. Entidades Administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

⁷⁶ Ley 100 de 1993, artículo 59, inciso 1.

⁷⁷ Ley 100 de 1993, artículo 59, inciso 2. La Corte declaró exequible la expresión “*Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros*”, por los cargos examinados (principios de solidaridad e igualdad) en la sentencia C-086 de 2002. Se expuso que el RAIS desarrolla el principio constitucional de solidaridad de la seguridad social y la existencia de un sistema dual de pensiones no desconoce el principio constitucional de la igualdad.

⁷⁸ Ley 100 de 1993, art. 63.

⁷⁹ *Ibidem*.

para que con una adecuada conformación de la cuenta individual y una eficiente gestión de los recursos, se procure el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión⁸⁰.

4.1.4. Como *características del RAIS* se identifican las siguientes⁸¹:

a. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como a las indemnizaciones, cuya cuantía depende de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros y subsidios del Estado cuando hubiere lugar.

b. Una parte de los aportes se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Otra se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece el porcentaje de la tasa de cotización respecto del ingreso base de cotización, que inició en 13.5% para ese año bajo incrementos programados. En el régimen de ahorro individual con solidaridad, dado el porcentaje inicial instituido, el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización se entrega al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. A partir del 1 de enero del 2004 la cotización se incrementó en 1% sobre el ingreso base de cotización. Además, desde el 1 de enero de 2005 la cotización se aumentó en 0.5% y otro 0.5% en el 2006. A partir del 1 de enero del 2008 el Gobierno incrementó en 1% punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los 2 años anteriores.

c. Los afiliados pueden escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y los fondos de pensiones, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.

d. El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados denominado Fondo de Pensiones⁸², que es *independiente* del patrimonio de la entidad administradora.

⁸⁰ Ley 100 de 1993, artículo 59, inciso 3.

⁸¹ Ley 100 de 1993, artículo 60. Cfr. sentencias C-086 de 2002, C-711 de 1998 y C-408 de 1994.

⁸² El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) define los *fondos de pensiones* como el conjunto de bienes resultantes de los aportes de los partícipes y patrocinadores del mismo, y sus rendimientos, para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación y de invalidez. Además, los fondos de pensiones son *patrimonios autónomos* por lo que solo responderán por las prestaciones derivadas de los planes correspondientes sin quedar vinculados por las obligaciones de la sociedad administradora (art. 168). Las disposiciones subsiguientes refieren a la constitución y régimen de los *fondos de pensiones* (art. 169), a los recursos en que se invertirán (art. 170) y a las prohibiciones y limitaciones (art. 171).

Los recursos de las cuentas individuales se invierten en Fondos de Pensiones cuyas condiciones y características se determinan por el Gobierno considerando las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados.

e. Las entidades administradoras deben garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran.

f. El patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima de que trata el literal anterior y el desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones.

g. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones por incumplimiento.

h. Establece el derecho al reconocimiento de los bonos pensionales.

i. El Estado aporta los recursos necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, y se cumplan las condiciones requeridas.

j. El control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Financiera.

4.1.5. Respecto a la *financiación* de las pensiones, como sistema de capitalización que es, los afiliados tienen derecho a la *pensión de vejez* a la edad que escojan siempre que el capital acumulado en su cuenta de ahorro permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor⁸³. Se financia con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales si hubiere lugar y el aporte de la Nación de cumplirse los requisitos para la garantía de la pensión mínima⁸⁴.

Tratándose de la *pensión de invalidez* por riesgo común⁸⁵ se financia con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si hubiere lugar y la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, valor este último que está a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes⁸⁶. Respecto a la *pensión de sobrevivientes* i) por muerte del afiliado se financia con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si hubiere lugar y la suma adicional necesaria

⁸³ Ley 100 de 1993, artículo 64. Cfr. sentencia C-410 de 1994.

⁸⁴ Ley 100 de 1993, artículo 68. Cfr. sentencia C-086 de 2002.

⁸⁵ Ley 100 de 1993, artículo 69.

⁸⁶ Ley 100 de 1993, artículo 70. Cfr. sentencia C-086 de 2002.

para completar el capital que financie la pensión a cargo de la aseguradora; ii) por muerte de pensionado se financia con los recursos del pago de la pensión de vejez o invalidez que reciba al momento del fallecimiento⁸⁷.

4.1.6. De otra parte, en el RAIS las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes pueden adoptar una de las siguientes *modalidades*, a elección del afiliado o del beneficiario⁸⁸:

a. Renta vitalicia inmediata en la cual *“el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho”*⁸⁹ Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante. La administradora es la encargada de efectuar los trámites o reclamaciones que se requieran ante la respectiva aseguradora⁹⁰.

b. Retiro programado en la cual *“el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar”*⁹¹. Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponde a la doceava parte de dicha anualidad⁹².

c. Retiro programado con renta vitalicia diferida en la cual *“un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el periodo que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora”*⁹³.

4.1.7. En materia de *administradoras del RAIS y elección de la aseguradora*, la ley de seguridad social integral señala que los Fondos de Pensiones serán administrados por las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones AFP. Podrán promover la constitución o ser socias de estas las entidades del sector social solidario como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y cajas de compensación familiar⁹⁴.

⁸⁷ Ley 100 de 1993, artículo 77. Cfr. sentencia C-086 de 2002.

⁸⁸ Ley 100 de 1993, artículo 79.

⁸⁹ Ley 100 de 1993, artículo 80.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Ley 100 de 1993, artículo 81.

⁹² *Ibidem*. Cfr. sentencia T-020 de 2011 y C-086 de 2002.

⁹³ Ley 100 de 1993, artículo 82. Cfr. sentencia C-086 de 2002.

⁹⁴ Ley 100 de 1993, artículo 90. Cfr. sentencia C-086 de 2002. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) identifica como sociedades de servicios financieros, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones (art. 3º, num.1) que tienen por objeto exclusivo la administración y

Como *requisitos especiales* que deben cumplir se establece: a) constituirse como sociedades anónimas o instituciones solidarias; b) disponer de un patrimonio igual al 50% exigido para la constitución de una corporación financiera, que respalda exclusivamente el desarrollo del negocio de administración de fondo de pensiones; c) desde su constitución y por 5 años debe ofrecer públicamente acciones para que las entidades del sector social solidario puedan llegar suscribir mínimo el 20% de su capital social; y d) disponer de capacidad humana y técnica especializada para cumplir con la administración apropiada de los recursos confiados⁹⁵.

4.1.8. Sobre el *patrimonio* de las administradoras y aseguradoras se establece que el Gobierno fijará la forma en la cual se garantice que estas mantengan *niveles adecuados de patrimonio*, de acuerdo a los distintos riesgos asociados a su actividad⁹⁶. Las entidades autorizadas para actuar como administradoras o aseguradoras del sistema deben someter a la aprobación de la Superintendencia Financiera los *planes de capitalización* y de *pensiones que administren*⁹⁷. Todo plan de pensiones sometido a aprobación debe amparar a los afiliados y pensionados contra todos los riesgos que señala la ley de seguridad social integral⁹⁸.

Los Fondos de Pensiones conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, constituyen *patrimonios autónomos* propiedad de los afiliados, *independientemente* del patrimonio de la administradora⁹⁹.

4.1.9. A nivel de *garantías* se prevé que las administradoras y aseguradoras, deben *constituir y mantener adecuadas garantías*, para responder por el *correcto manejo de las inversiones* representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones. Las administradoras deben contar con el respaldo del *Fondo de Garantías de Instituciones Financieras*, con cargo a sus propios recursos, para asegurar el reembolso del saldo de las cuentas individuales de ahorro pensional¹⁰⁰.

4.1.10. En relación con la *inversión de los recursos* se prevé que para garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras los invertirán en las condiciones y con sujeción a los límites establecidos por el Gobierno. En cualquier caso, las inversiones en títulos de

manejo de los mismos (art. 30, num. 1). Las entidades aseguradoras (compañías y cooperativas, y las de reaseguros, art. 5º) cumplen operaciones de seguros bajo las modalidades que se hayan determinado (art. 38).

⁹⁵ Ley 100 de 1993, artículo 91.

⁹⁶ Ley 100 de 1993, artículo 94.

⁹⁷ Ley 100 de 1993, artículo 95.

⁹⁸ Ley 100 de 1993, artículo 96.

⁹⁹ Ley 100 de 1993, artículo 97.

¹⁰⁰ Ley 100 de 1993, artículo 99. Cfr. sentencia C-530 de 2006.

deuda pública no pueden ser superiores al 50% del valor de los recursos de los Fondos de Pensiones¹⁰¹.

4.1.11. En materia de *rentabilidad mínima* se señala que la totalidad de *los rendimientos* en el manejo de los Fondos de Pensiones, una vez aplicadas las comisiones por mejor desempeño, será abonada en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados. Las *sociedades AFP deben garantizar* a los afiliados una rentabilidad mínima de cada uno de los fondos de pensiones, que se determina por el Gobierno. Se precisa que “*en aquellos casos en los cuales no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos que el Gobierno Nacional defina para estas sociedades*”¹⁰².

4.1.12. En cuanto a *comisiones de administración* se señala que las administradoras cobran a sus afiliados por este concepto cuyos montos máximos y condiciones son fijados por la Superintendencia Financiera¹⁰³.

4.1.13. Respecto a los *seguros* que contraten las administradoras para efectuar los *aportes adicionales* necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deben ser colectivos y de participación. El Gobierno determina la forma y condiciones como las sociedades AFP del RAIS deban contratar los “*seguros previsionales*” para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Las aseguradoras que asuman cualquier tipo de rentas vitalicias adoptarán la modalidad de *seguros de participación* en beneficio de los pensionados¹⁰⁴.

4.1.14. A la Superintendencia Financiera asigna el *control y vigilancia* de las entidades administradoras de los planes de capitalización y de pensiones¹⁰⁵. Se contemplan *sanciones a las administradoras* como cuando el monto de *reserva de estabilización sea inferior al mínimo* establecido, generando una multa en favor del Fondo de Solidaridad Pensional. La *Superintendencia Financiera* imparte todas las órdenes que resulten pertinentes para el inmediato restablecimiento de los niveles adecuados de patrimonio o de la reserva de estabilización¹⁰⁶.

4.1.15. En materia de *tratamiento tributario* se establece que 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 y del fondo de solidaridad pensional, “*gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional*”¹⁰⁷.

¹⁰¹ Ley 100 de 1993, artículo 100.

¹⁰² Ley 100 de 1991, artículo 101. Cfr. sentencia C-530 de 2006.

¹⁰³ Ley 100 de 1993, artículo 104.

¹⁰⁴ Ley 100 de 1993, artículo 108.

¹⁰⁵ Ley 100 de 1993, artículo 110. Cfr. sentencia C-711 de 1998.

¹⁰⁶ Ley 100 de 1993, artículo 111.

¹⁰⁷ Ley 100 de 1993, artículo 135. Cfr. sentencia C-090 de 2011.

También prescribe que *están exentos* del impuesto sobre la renta y complementarios, entre otras: “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*”.

Luego de determinar que las pensiones están exentas del impuesto sobre la renta y que a partir de 1998 están gravadas solo en la parte que exceda de 1.000 UVT, establece que *los aportes obligatorios y voluntarios* efectuados al sistema general de pensiones no hacen parte de la base para aplicar la retención en la fuente y son considerados como una *renta exenta*, en tanto que los aportes a cargo del empleador son deducibles de su renta¹⁰⁸.

4.2. Las reservas técnicas en el régimen de seguridad social en pensiones

La doctrina muestra que las reservas o provisiones técnicas “*constituyen la principal garantía financiera en cuanto son las que respaldan el cumplimiento de las obligaciones dinerarias previsibles del asegurador para con los asegurados, con ocasión de la celebración de contratos de seguros*”¹⁰⁹. Siguiendo este criterio, representan las deudas del asegurador frente a los asegurados y beneficiarios, por lo que están contablemente dentro del pasivo de la sociedad¹¹⁰.

Otros autores tienden a definir las como aquellos recursos que destina una compañía de seguros con la finalidad de *respaldar* las obligaciones que ha contraído con sus asegurados. De tal modo que el régimen de reservas técnicas lo constituye el conjunto de normas *prudenciales* determinadas por el regulador con el objeto de instituir las directrices que han de guiar a las aseguradoras para estimar adecuadamente dichas obligaciones¹¹¹.

A las compañías de seguros les corresponde identificar y cuantificar las obligaciones que se desprenden de los contratos de seguros, debiendo además asignar las partidas indispensables para *garantizar el pago o reconocimiento futuro* de tales obligaciones. La mayoría de los Estados persiguen que el nivel de los recursos disponibles por los operadores les permita cumplir con sus obligaciones de corto y largo plazo independientemente de los recaudos futuros. Los principales tipos de reservas son: i) de primas, ii) de siniestros,

¹⁰⁸ Ley 100 de 1993, artículo 135.

¹⁰⁹ La modernización de la actividad aseguradora en Colombia –en el ámbito técnico, jurídico y financiero-. Pontificia Universidad Javeriana. 1994.

¹¹⁰ *Ibidem*. Acoge como definición la siguiente: “*Son la garantía financiera de origen legal, en virtud de la cual la empresa de seguros, apoyándose en las leyes estáticas y matemáticas que gobiernan la materia, asegura el cumplimiento de sus compromisos provenientes de contratos de seguros existentes*”. El margen de solvencia de las empresas de seguros en el derecho comunitario europeo y en el derecho latinoamericano. Memoria presentada en la Universidad Católica de Lovaina. 1992.

¹¹¹ El régimen de las reservas técnicas en Colombia. Retos futuros. Aspectos financieros. Junio de 2011. Fasecolda. Acoge Informe Fase I Towers Watson – Revisión Normativa de Reservas, mayo de 2011.

iii) de gastos, iv) matemáticas, v) de descalce, vi) de estabilización, vii) de desvíos siniestros, entre otras¹¹².

El carácter aleatorio del contrato de seguro hace exigible la configuración de una cadena de *medidas* que garanticen al tomador la *efectiva cobertura del riesgo asegurado* para el momento en que suceda el siniestro. De ahí la constitución de reservas técnicas cuyo cálculo atenderá el ramo de seguro, la naturaleza del riesgo, las primas establecidas, la duración de las pólizas, etc.

El régimen de reservas técnicas del sector asegurador en Colombia ha tenido una evolución histórica que surge con el Decreto 655 de 1925, reglamentario de los artículos 18 de la Ley 26 de 1922¹¹³ y 55 de la Ley 68 de 1924¹¹⁴. A pesar de la regulación que se ha expedido, sigue presente el reto de dotar al país de un cuerpo normativo más acorde con su realidad y los estándares internacionales sobre la materia¹¹⁵. El sistema vigente muestra diferentes tipos de reservas inscritas dentro de los regímenes generales y especiales establecidos.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF¹¹⁶ refiere al régimen de *reservas técnicas e inversiones*¹¹⁷ señalando:

“Las entidades aseguradoras y las que administren el Sistema General de Riesgos Profesionales, cualquiera que sea su naturaleza, deberán constituir, entre otras, las siguientes reservas técnicas, de acuerdo con las normas de carácter general que para el efecto expida el Gobierno Nacional:

- a) Reserva de riesgos en curso;*
- b) Reserva matemática;*
- c) Reserva para siniestros pendientes, y*
- d) Reserva de desviación de siniestralidad.*

El Gobierno Nacional señalará las reservas técnicas adicionales a las señaladas que se requieran para la explotación de los ramos. Así mismo, dictará las normas que determinen los aspectos técnicos pertinentes, para garantizar que los diferentes tipos de seguros que se expidan dentro del Sistema de Seguridad Social cumplan con los principios que los rigen”.

La Corte en la sentencia C-553 de 2007 tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta disposición¹¹⁸. Luego de referir que la teoría general de los seguros

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Capital de garantía de las aseguradoras.

¹¹⁴ Las entidades aseguradoras están sujetas a la supervisión de la Superintendencia Bancaria.

¹¹⁵ El régimen de las reservas técnicas en Colombia. Retos futuros. Aspectos financieros. Junio de 2011. Fasecolda.

¹¹⁶ Decreto 663 de 1993.

¹¹⁷ Artículo 186. Modificado por el artículo 43 de la Ley 795 de 2003.

¹¹⁸ Declaró exequible, por los cargos examinados, el artículo 43 de la Ley 795 de 2003 (ajusta algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), sobre el régimen de reservas técnicas e inversiones. El

señala que las responsabilidades de las entidades aseguradoras por la ocurrencia de riesgos que amparan en desarrollo del objeto social encuentran en la reservas técnicas la mejor garantía de satisfacción, a la vez que son indicativas de la solidez patrimonial de cada una de las entidades, empieza por distinguir entre una reserva matemática (lato sensu) y una reserva patrimonial (stricto sensu), para señalar que las primeras son provisiones que hacen parte del pasivo de la sociedad aseguradora y no provienen de las utilidades del asegurador, en tanto las segundas corresponden al activo y provienen de las utilidades para afianzar cualquier empresa.

En esta decisión se aludió a la clasificación de las reservas técnicas, a saber: i) reservas de riesgos en curso, ii) reserva matemática, iii) reserva para siniestros pendientes y d) reserva de desviación de siniestralidad, que fueron definidas conforme al marco reglamentario vigente para el *momento* en que se profirió la sentencia¹¹⁹. También se refirió a otras categorías de reservas técnicas (adicionales) para ciertos ramos de seguros catalogadas por la doctrina como reservas especiales dentro de las cuales se identifican las de naves y aeronaves, manejo global bancario, seguros de transporte, riesgo de terremoto, entre otros¹²⁰.

En cuanto al cálculo de las reservas técnicas menciona diferentes sistemas que responden a criterios técnicos aceptados universalmente, como a variables económicas y sociales dinámicas. Además, determinó que la inversión de las reservas técnicas de las empresas aseguradoras se encuentra sujeta a la intervención del Estado, que persigue salvaguardar la seguridad, liquidez y rentabilidad, entre otros. Por último, la conveniencia de cada uno de los diversos métodos y técnicas de cálculo actuarial de las reservas, la importancia de exigir bajo ciertas circunstancias reservas generales o especiales adicionales, la necesidad coyuntural de modificar el régimen de su inversión, etc., son asuntos que responden a criterios altamente técnicos y a variables económicas y sociales cambiantes, propias de la regulación gubernamental, como del ejercicio de la inspección, vigilancia y control de la actividad aseguradora¹²¹.

4.2.1. Las reservas matemáticas y sus rendimientos se constituyen con recursos propios de la seguridad social en pensiones

El Decreto 2555 de 2010¹²² vino a definir los tipos de reservas técnicas de las entidades aseguradoras¹²³ previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema

argumento de inconstitucionalidad se centraba en si la disposición acusada por el asunto que regula debió adoptarse siguiendo la técnica de las leyes marco.

¹¹⁹ Decreto 839 de 1991.

¹²⁰ Al margen de la decisión transcrita debe señalarse que el Decreto 2555 de 2010, Título 5, refiere a las reservas técnicas especiales (art. 2.31.5.1.1 y ss).

¹²¹ Sentencia C-553 de 2007.

¹²² Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores, y se dictan otras disposiciones. Este decreto fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas por los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 48) y la Ley 964 de 2005 (art. 4°).

¹²³ Artículo 2.31.4.1.2.

Financiero. Respecto a las reservas matemáticas señaló: *“es aquella que se constituye para atender el pago de las obligaciones asumidas en los seguros de vida individual y en los amparos cuya prima se ha calculado en forma nivelada o seguros cuyo beneficio se paga en forma de renta”*¹²⁴. Además, la Superintendencia Financiera determina la obligación o no de constituir esta reserva para otros ramos de seguros¹²⁵.

Estas reservas representan el pasivo que la entidad aseguradora tiene para con los asegurados, aplicable a productos de seguros personales en los que se cumplen las condiciones de cobertura plurianual, prima nivelada y riesgo creciente. Equivalen a la acumulación con intereses de las primas percibidas en exceso del riesgo de cada año para poder enfrentar al riesgo futuro¹²⁶.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, al referir a las reservas matemáticas en pensiones, entendido como otro concepto que conforma el pasivo social, las definió como *“el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública”*¹²⁷.

En términos generales sobre la metodología de cálculo de la reserva matemática se expone en el Decreto 2555 de 2010 que esta reserva se debe constituir póliza a póliza y amparo por amparo y su cálculo corresponde a la diferencia entre el valor presente actuarial de las obligaciones futuras a cargo de la aseguradora y el valor presente actuarial de los pagos futuros a cargo del asegurado a la fecha del cálculo¹²⁸. Para el ramo de seguros de pensiones de la Ley 100 de 1993, la metodología de cálculo de las reservas matemáticas corresponde *“al valor presente actuarial de las obligaciones futuras a cargo de la aseguradora y se calcula teniendo en cuenta los siguientes aspectos técnicos. a. La tasa de interés técnico que determine la Superintendencia Financiera de Colombia. b. Las tablas de mortalidad de rentistas y de inválidos expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia las cuales deberán ser actualizadas periódicamente. c. Las tasas de inflación y de crecimiento de los beneficios pensionales y la participación de utilidades, en los ramos a que haya lugar”*¹²⁹.

¹²⁴ Artículo 2.31.4.3.1. Sobre el particular señaló el profesor J. Efrén Ossa G.: *“En los seguros de vida individual en cualquiera de las modalidades (...) recibe el nombre genérico de reserva matemática. Y menciona en la misma obra a los autores Picard y Besson: ‘las reservas matemáticas son el conjunto de las reservas técnicas referentes a las operaciones que descansan sobre la capitalización, principalmente a los seguros sobre la vida, es decir, el total de la reserva para riesgos en curso y de la reserva de siniestros pendientes. Se las denomina matemáticas porque las deudas del asegurador para con los asegurados y beneficiarios de los contratos, de que ellas son su representación, con calculadas según métodos actuariales que pertenecen a las ciencias matemáticas’. PICARD, Maurice y BESSON, André. Les assurance terrestres en Droit Français”*. Teoría General del Seguro, La Institución. Ed. Temis, Bogotá, 1988. Pág. 326.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ El régimen de reservas técnicas en Colombia. Retos futuros. Aspectos financieros. Junio de 2011. Fasecolda.

¹²⁷ Radicación 0708-9. 28 de febrero de 2013.

¹²⁸ Artículo 2.31.4.3.2.

¹²⁹ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.4.3.3.

Dentro del capítulo III del régimen de la reserva matemáticas, perteneciente al Título IV de las reservas técnicas de las entidades aseguradoras, se alude al ámbito de aplicación de la reserva por insuficiencia de activos, estableciendo que es de aplicación obligatoria para los siguientes ramos de seguros: a) vida individual, b) pensiones Ley 100; c) pensiones con conmutación pensional; d) pensiones voluntarias, e) seguro educativo, f) rentas voluntarias y g) riesgos laborales. Finalmente, corresponde a la Superintendencia Financiera determinar la obligación o no de constituir esta reserva para otros ramos de seguros¹³⁰. De esta manera, tratándose del ramo de seguros en pensiones, la reserva matemática esencialmente se aplica para cuando se generen obligaciones a largo plazo como son los de vida individual, las rentas vitalicias y los riesgos profesionales.

Según se ha explicado, la ley de seguridad social integral¹³¹ establece que de la cotización para pensiones en el RAIS se reparte un porcentaje para las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, lo cual guarda armonía con la disposición que establece como característica de dicho régimen que una parte de los aportes de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado se destina al pago de primas de seguros para atender dichas pensiones¹³². Además, debe recordarse la previsión de efectuar los aportes *adicionales* necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes¹³³.

Tratándose de la pensión de vejez las reservas matemáticas se constituyen con recursos de la seguridad social, toda vez que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 las pólizas de seguros que se establecen para garantizar las pensiones en las modalidades de pensión (inmediatas o diferidas) se pagan con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, el valor de los bonos pensionales, los aportes voluntarios y los rendimientos financieros¹³⁴.

De esta manera, las reservas matemáticas y sus rendimientos que constituyen las aseguradoras responsables del seguro de invalidez y sobrevivientes, como de la pensión de vejez, contratadas por las administradoras de fondos de pensiones en el RAIS, están conformadas por recursos de la seguridad social al componer el concepto de pensión y no corresponder a activos del patrimonio de la entidad, razón por la cual sí están protegidos por el mandato constitucional de destinación específica al constituir contribuciones parafiscales.

4.2.2. Las reservas de estabilización y sus rendimientos se constituyen con recursos propios de la sociedad Administradora del Fondo de Pensiones

Como se ha explicado, el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 estableció que las sociedades administradoras de fondos de pensiones AFP deben garantizar a

¹³⁰ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.4.3.4.

¹³¹ Ley 100 de 1993, artículo 20.

¹³² Ley 100 de 1993, artículo 60.

¹³³ Ley 100 de 1993, artículos 70, 77 y 108.

¹³⁴ Ley 100 de 1993, artículos 68, 79-82.

los afiliados una *rentabilidad mínima* de cada uno de los Fondos de Pensiones, que se determina por el Gobierno. Además, en aquellos casos que no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con *sus propios recursos*, afectando inicialmente la *reserva de estabilización de rendimientos* que el Gobierno defina para estas sociedades¹³⁵.

El Decreto 2555 de 2010 determinó que las sociedades AFP deben mantener una reserva de estabilización de rendimientos respecto de cada fondo que administren, destinada a garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima exigida por la ley. El monto mínimo de reserva que deben mantener es del uno por ciento (1%) del valor del respectivo fondo. No obstante, la reserva no podrá ser inferior a la suma mensual a abonar para estar cumpliendo permanentemente con la rentabilidad mínima provisional que para cada periodo calcule la Superintendencia Financiera conforme a lo previsto por el Gobierno¹³⁶.

El artículo 2.6.4.1.3., *ejusdem*, estableció que las reservas de estabilización de rendimientos se conforma con “*recursos propios de cada entidad administradora*” y estarán representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen. La Superintendencia financiera imparte las instrucciones que considere pertinentes sobre el particular¹³⁷.

La afirmación consistente en que los recursos que componen la reserva de estabilización de rendimientos son propios de la administradora se corrobora con el procedimiento en caso de *defecto en la rentabilidad mínima* garantizada, al establecer que dentro de los cinco días comunes siguientes a la fecha en que la Superintendencia Financiera divulgue la rentabilidad mínima obligatoria, una vez realizada la verificación de su cumplimiento, la entidad AFP que haya tenido un *defecto en la rentabilidad mínima obligatoria*, debe cubrir la diferencia entre dicha rentabilidad mínima y la del fondo administrado, *afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos*¹³⁸. Si es suficiente la administradora debe restituir *con cargo a*

¹³⁵ En la sentencia C-530 de 2006 la Corte se pronunció sobre esta disposición al examinar si la previsión de una rentabilidad mínima garantizaba el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión¹³⁵. Al declararla exequible consideró que la garantía de rentabilidad mínima es uno de los medios que consagra la regulación del sistema de seguridad social para que los recursos destinados a pensiones *mantengan su poder adquisitivo constante*. Advirtió que si en el futuro el medio empleado no alcanzaba el objetivo perseguido debía ser reemplazado por otro idóneo para ello.

¹³⁶ Artículo 2.6.4.1.1.

¹³⁷ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto a los *aspectos financieros* establece que el patrimonio de la sociedad administradora del fondo de pensiones será garantía de la correcta administración del mismo, además, la Superintendencia Financiera podrá exigirle la constitución de garantías para responder por la correcta administración (art. 172). Igualmente, alude a las normas reguladoras de los planes de pensiones (art. 173), a la comisión de control del fondo (art. 174) y la intervención, disolución y liquidación de los fondos de pensiones y de las sociedades que las administran (art. 175).

¹³⁸ El artículo 2.6.5.1.6. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que cuando la rentabilidad acumulada en términos efectivos anuales obtenida por alguno de los tipos de fondos de pensiones obligatorias durante el periodo de cálculo correspondiente sea inferior a la rentabilidad mínima obligatoria exigida, las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán responder con sus propios recursos por los defectos. En este caso se afectará en primer término la reserva de estabilización de rendimientos constituida para el tipo de fondo que presente defecto de rentabilidad, mediante el aporte de la diferencia entre

su patrimonio dentro del mes inmediatamente siguiente al del cálculo de la rentabilidad mínima, el valor necesario para ajustarse al porcentaje mínimo de reserva de estabilización de rendimientos. Si no es suficiente la entidad administradora debe dentro del mismo plazo proceder a “*afectar la parte restante de su patrimonio*” con el fin de cubrir el respectivo defecto.

En tal evento la Superintendencia Financiera podrá impartir “*orden de capitalización*” hasta por un monto igual a la cuantía respectiva y fijar los términos para su cumplimiento, para que se cubra íntegramente el defecto y se “*recomponga el patrimonio de la administradora*” para dar cumplimiento a las normas de margen de solvencia y de capital mínimo que rigen a la sociedad. De no cubrirse el defecto o no cumplir la orden de capitalización, la Superintendencia Financiera podrá “*tomar posesión*” de dicha entidad, sin perjuicio de las medidas preventivas que prevé el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹³⁹.

La afectación del *patrimonio de la entidad administradora* se efectúa mediante el aporte al fondo de pensiones administrado en un monto que permita cubrir el defecto de la rentabilidad mínima, de recursos líquidos de la administradora que podrán provenir de la realización de sus activos, de la capitalización de la misma por sus accionistas o de operaciones de endeudamiento. Igualmente dicho defecto podrá cubrirse mediante la transferencia, a precios de mercado, de títulos o valores de propiedad de la administradora que hagan parte de las inversiones admisibles de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual¹⁴⁰.

Entonces, resulta evidente que la reserva de estabilización y sus rendimientos están compuestos exclusivamente con recursos propios de la sociedad Administradora del Fondo de Pensiones, que en casos extremos de verificación de incumplimiento de la rentabilidad mínima obligatoria se procede a su capitalización por la Superintendencia Financiera con cargo exclusivo al patrimonio de la sociedad AFP. De ahí que se termina afectando el capital de esta sociedad en los términos del margen de solvencia que se debe garantizar para operar el negocio.

Por esta razón, se trata de recursos que si bien pueden tener relación eventual con el pago de pensiones en el RAIS no pertenecen a los Fondos de Pensiones, es decir, no son en estricto sentido recursos de la seguridad social, al originarse en el patrimonio propio de la sociedad administradora y encontrarse sujetos a los albuces del mercado financiero o de capital (ganancias o pérdidas).

el valor del fondo al momento de la verificación y el valor que éste debería tener para alcanzar la rentabilidad mínima obligatoria.

¹³⁹ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece los capitales mínimos de las instituciones financieras (art. 80). Alude al margen de solvencia de las sociedades administradoras de fondos de pensiones (art. 82, num. 1) como al patrimonio técnico, patrimonio adecuado y fondo de garantía (art. 82, num. 2), y el patrimonio requerido para operar los diferentes ramos de seguro de entidades aseguradoras (art. 82, num.3).

¹⁴⁰ Artículo 11.3.16.1.2.

5. La política tributaria y sus límites¹⁴¹

5.1. Uno de los deberes más importantes de los ciudadanos es el de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad”¹⁴². En virtud del mismo, la Constitución atribuye al Congreso la función de “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”¹⁴³, así mismo, instituye que “en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”¹⁴⁴. De tal modo, se confiere al Congreso la potestad de establecer tributos en sus modalidades de impuestos, tasas y contribuciones.

La sentencia C-891 de 2012 recopiló la jurisprudencia constitucional sobre el alcance del principio de legalidad. Explicó que se funda en el aforismo “*nullum tributum sine lege*” que exige un acto del legislador para la creación de un gravamen, el cual se desprende de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, por lo que solo los organismos de representación popular pueden imponer los tributos. Este principio surge a la vida jurídica como garantía política con la inclusión en la Carta Magna inglesa de 1215 del principio “*no taxation without representation*”, universalmente reconocido como uno de los pilares del Estado democrático.

Resaltó dicha providencia que ese principio tiene como objetivo principal “fortalecer la seguridad jurídica y evitar los abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión democrática, sus elementos esenciales para ser válido”¹⁴⁵. De ahí que como requisito para la creación de un tributo tenga asignado diversas funciones, como: i) materializar la exigencia de representación popular, ii) garantizar un reducto mínimo de seguridad a los ciudadanos respecto de sus obligaciones y iii) representar la importancia de un diseño coherente en la política fiscal del Estado¹⁴⁶. Dijo este Tribunal que todo tributo requiere de una ley previa que lo establezca y sea expedida por el Congreso, las asambleas o los concejos¹⁴⁷.

Informó igualmente tal decisión que el principio de legalidad del tributo presenta las siguientes características: a) es expresión del principio de representación popular y del principio democrático, derivado de los postulados del Estado liberal; b) materializa el principio de predeterminación del tributo,

¹⁴¹Cfr. sentencias C-209 de 2016, C-657 de 2015 y C-449 de 2015.

¹⁴² Artículo 95.9 de la Constitución.

¹⁴³ Artículo 150.12.

¹⁴⁴ Artículo 338.

¹⁴⁵ Cfr. sentencias C-018 de 2007, C-776 de 2003, C-488 de 2000 y C-084 de 1995.

¹⁴⁶ Cfr. sentencia C-227 de 2002.

¹⁴⁷ Cfr. sentencias C-822 de 2011, C-664 de 2009, C-1153 de 2008, C-643 de 2002, C-1295 de 2001, C-796 de 2000, entre otras.

según el cual una *lex previa y certa* debe señalar los elementos de la obligación fiscal; c) brinda seguridad a los ciudadanos respecto a sus obligaciones fiscales; d) responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente, inspirada en el principio de unidad económica, especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso, de las asambleas o de los concejos; entre otros¹⁴⁸. Finalmente, indicó que la norma legal que establezca el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa¹⁴⁹.

En consecuencia, la Carta Política confiere una amplia potestad de configuración legislativa de los tributos¹⁵⁰, que involucra también “*el respeto al supuesto político de la representación, por virtud del cual, la creación de impuestos va de la mano del consentimiento -directo o indirecto- de la colectividad, que reconoce por esta vía una manera eficaz y necesaria para transferir los recursos que necesita el Estado en cumplimiento de su función*”¹⁵¹. Así, el Congreso de la República “*goza de un margen de maniobra para crearlos, modificarlos, eliminarlos, así como para regular todo lo referente a su vigencia, sujetos activos y pasivos, hechos, bases gravables, tarifas, formas de cobro y recaudo*”¹⁵². También puede “*conceder beneficios tributarios, deducciones y derogarlos*”¹⁵³, sin que con ello desconozca los mandatos constitucionales.

5.2. Si bien la potestad tributaria del legislador es amplia como reflejo del principio democrático, no por ello es ilimitada o absoluta. En un Estado constitucional “*los poderes constituidos, así dispongan de un amplio margen de configuración de políticas y de articulación jurídica de las mismas, se han de ejercer respetando los límites trazados por el ordenamiento constitucional*”¹⁵⁴. En tal medida, el legislador tiene la facultad para crear, modificar, aumentar, disminuir y suprimir tributos, determinando a quiénes se cobrará, así como las reglas y excepciones, siempre que se ejerza dentro de los parámetros del ordenamiento superior¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Cfr. sentencias C-525 de 2003 y C-155 de 2003.

¹⁴⁹ Cfr. sentencia C-664 de 2009. En la sentencia C-704 de 2010 se sostuvo que en la obligación tributaria aparecen: el sujeto activo, que es la entidad estatal con derecho para exigir el pago del tributo; el sujeto pasivo, o persona en quien recae la obligación correlativa; el hecho gravado o situación de hecho indicadora de una capacidad contributiva a la cual la ley confiere la virtualidad de generar la obligación tributaria; y la base gravable y la tarifa, que son los elementos determinantes de la cuantía misma de la obligación. La sentencia C-155 de 2003 profundiza sobre cada uno de los elementos del tributo.

¹⁵⁰ Sentencias C-492 de 2015 y C-776 de 2003.

¹⁵¹ Sentencias C-776 de 2003 y C-583 de 1996.

¹⁵² Sentencia C-625 de 2003.

¹⁵³ Sentencia C-1003 de 2004.

¹⁵⁴ Sentencia C-776 de 2003.

¹⁵⁵ *Ibidem*. En la sentencia C-657 de 2015 la Corte distinguió entre exclusiones y exenciones tributarias, aun cuando ambas pueden significar el reconocimiento de beneficios fiscales: “*Las exclusiones tienen que ver con aquellos casos donde no hay sujeción a un determinado gravamen; es decir, cuando los supuestos fácticos no se adecúan al hecho generador definido en la ley y, por tanto, no son objeto de tributación por la sencilla razón de que no se causa el impuesto. En palabras de la Corte, se refieren a los ‘actos o situaciones fácticas que no están sujetos, es decir, aquellos que no encuadran en la definición abstracta del hecho generador y cuya realización no acaece el nacimiento de la relación jurídica-tributaria y por esta razón, no están cobijados por el impuesto’. Por su parte, las exenciones tienen lugar cuando una norma exonera del tributo determinados actos o personas que normalmente estarían gravados; es decir, cuando habiéndose presentado el hecho generador, la ley estipula que no se producirán sus consecuencias o ello ocurrirá solo de forma parcial. Al respecto el Consejo de Estado ha explicado lo siguiente: ‘La doctrina y la jurisprudencia en*

Así como el legislador tiene la facultad para establecer tributos dentro de los límites impuestos por la Constitución, también está autorizado para instituir exclusiones, exenciones, deducciones, descuentos y beneficios tributarios por razones de política económica, social, ambiental, fiscal o para realizar la igualdad real y efectiva, claro bajo las restricciones impuestas por el Constituyente de 1991¹⁵⁶. La misma Constitución señala como límite a la potestad impositiva del Estado el principio de legalidad (art. 338); la efectividad de los derechos fundamentales (art. 2º); los principios de equidad, eficiencia y progresividad que rigen el sistema tributario, además de prohibir su retroactividad (art. 363); la garantía de los principios de justicia y equidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95.9); entre otros.

La validez de las exenciones, exclusiones, entre otras, por lo general depende de que se encuentren justificadas y representen instrumentos de estímulo fiscal dirigidos a la consecución de fines constitucionalmente legítimos¹⁵⁷. El principio de igualdad limita la actividad del legislador en la regulación de los incentivos fiscales, para avalar la existencia de un beneficio fiscal y exigir su aplicación uniforme a quienes se encuentran en la misma circunstancia de hecho.

Este Tribunal ha explicado que el *principio de igualdad* (art. 13 superior) reclama el mismo tratamiento jurídico para supuestos fácticos equivalentes, al tiempo que demanda uno diferente ante situaciones que son sustancialmente disímiles: *“esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”*¹⁵⁸.

materia tributaria distinguen los conceptos de exención y exclusión, diferencia que cobra especial importancia, frente al caso objeto de estudio, pues no es lo mismo conceder un trato preferencial a un sujeto pasivo del gravamen (exención), al hecho en el cual, no se configuran los elementos estructurales del mismo (exclusión o no sujeción), máxime si tenemos en cuenta que en el primer caso, existe una clara restricción de carácter constitucional para el legislador”. Ver sentencias C-260 de 2015 y C-992 de 2001 de la Corte Constitucional y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2002, radicación 1469.

¹⁵⁶ Sentencias C-657 de 2015, C-602 de 2015, C-260 de 2015, C-168 de 2014, C-1023 de 2012, C-397 de 2011, C-508 de 2006, C-717 de 2003 y C-393 de 1996. La sentencia C-1060A de 2001 refirió al poder de eximir como poder jurídico. En la sentencia C-397 de 2011 se indicó que en materia de exclusiones y demás beneficios tributarios esta Corporación ha señalado que el Congreso puede decretar las que encuentre convenientes bajo la condición de que la iniciativa provenga del Gobierno (art. 154 C.P.) y no podrá concederlas en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales (art. 294 C.P.). Adicionalmente, la exclusión que el legislador haga respecto de la carga tributaria no es de por sí inconstitucional siempre que para ello exista una razón válida para el trato diferencial.

¹⁵⁷ Sentencia C-1107 de 2001.

¹⁵⁸ Sentencia C-1125 de 2008.

La Corte también ha explicado que *“el sentido de igualdad en sede fiscal debe reconocerse tanto desde el punto de vista de la regla general que compele al ciudadano a tributar, como desde la óptica de las excepciones que con riguroso y restrictivo acento establece algunos beneficios asociados a determinados hechos económicos”*¹⁵⁹.

La Corte ha dejado en claro que todo beneficio fiscal que introduzca el legislador *“debe atender los principios de generalidad y homogeneidad, puesto que solo así se garantiza la existencia de un sistema tributario justo, desprovisto de privilegios y fueros”*¹⁶⁰. *Ha sentado la premisa según la cual el principio de generalidad de los beneficios tributarios ‘cubija a todos los contribuyentes que se encuentren en el mismo supuesto de hecho, sin distinciones injustificadas’*¹⁶¹.

No corresponde a la Corte definir cuál es la *“mejor”* política tributaria, porque con ello podría suplantar al órgano democrático, sino establecer si el Congreso de la República se ha excedido o no en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, para eventualmente enmendar los errores en los cuales pudo haber incurrido. De manera que la función de este Tribunal, antes que de diseño institucional, es de corrección y ajuste en perspectiva constitucional¹⁶².

5.3. La Sala precisa que las exclusiones o exenciones son medidas que por su naturaleza implican una excepción al principio de igualdad aunque no necesariamente significan su vulneración. De ahí que para examinar su validez *“el juez constitucional debe analizar en cada caso si la diferencia es razonable”*¹⁶³, sobre la base de que la igualdad *“no significa la ausencia de distinciones ni es sinónimo de ciego igualitarismo, sino que responde a la necesidad de otorgar el mismo trato a quienes se encuentran en semejantes o iguales condiciones y de adoptar medidas distintas para quienes se hallan en hipótesis diversas, mediante la razonable búsqueda, por parte de la autoridad, del equilibrio y la ponderación”*¹⁶⁴.

Esta Corporación ha insistido en que las regulaciones adoptadas por el legislador que establecen exclusiones o exenciones son constitucionalmente válidas cuando el tratamiento diferencial se encuentra razonablemente justificado. Sin embargo, en algunas oportunidades ha constatado que los beneficios fiscales fijados por el Congreso son constitucionalmente inadmisibles, cuando no han tenido en cuenta los hechos o sujetos que por hallarse en la misma condición fáctica merecían el mismo tratamiento fiscal, con la consecuente afectación del principios de igualdad.

En orden a lo expuesto, dentro de la amplia potestad de configuración el legislador puede establecer las exclusiones o exenciones tributarias que estime

¹⁵⁹ Sentencia C-711 de 2001.

¹⁶⁰ Cfr., Sentencias C-1060 A de 2001, C-748 de 2009 y C-837 de 2013.

¹⁶¹ Sentencias C-748 de 2009 y C-837 de 2013.

¹⁶² Sentencia C-657 de 2015.

¹⁶³ Sentencia C-717 de 2003.

¹⁶⁴ Sentencia C-925 de 2000. Cfr. sentencias C-188 de 1998, C-717 de 2003 y C-397 de 2011, entre otras.

convenientes en el diseño de la política fiscal del Estado, sin que la sola existencia de dichos tratamientos diferenciales pueda ser interpretada por sí misma como inconstitucional.

6. La naturaleza jurídica del impuesto sobre la renta para la equidad CREE y la exención de la reserva matemática en materia pensional

6.1. El Estatuto Tributario refiere al *impuesto sobre la renta y complementarios* en el Libro Primero. El Título 1 concierne a “renta” que comprende el Capítulo 4 sobre “rentas brutas especiales”, determinando a nivel de este impuesto las actividades de seguros y capitalización en cuanto a la renta bruta en compañías de seguros de vida (art. 96), renta bruta en compañías de seguros generales (art. 97), reserva matemática y reserva técnica (art. 98), ingresos netos y primas netas (art. 99). También se alude a la renta vitalicia y fiducia mercantil en orden a la determinación de la renta bruta en contratos de renta vitalicia (art. 100), las sumas pagadas como renta vitalicia son deducibles (art. 101), contratos de fiducia mercantil (art. 102), etc.

6.2. Ahora bien, la Ley 1607 de 2012¹⁶⁵ creó el impuesto sobre la renta para la equidad CREE 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, la generación de empleo y la inversión social en los términos previstos en la presente ley*”¹⁶⁶. Este impuesto es de *destinación específica* por cuanto se dirige a la financiación de los programas de inversión social orientada prioritariamente a beneficiar a la población usuaria más necesitada, y que estén a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. Adicionalmente, se destinará a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud en inversión social, programas de atención a la primera infancia, instituciones de educación superior públicas, créditos becas a través del Icetex y mejoramiento de la calidad de la educación superior¹⁶⁷.

El *hecho generador* lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o periodo gravable¹⁶⁸. La *tarifa* se fijó en un 8% y a partir del periodo gravable 2016 del 9%. El párrafo transitorio señaló para los años 2013, 2014 y 2015 la tarifa del 9%¹⁶⁹.

6.3. El artículo 22¹⁷⁰ que nos ocupa señala que la *base gravable*¹⁷¹ se establecerá *restando* de los *ingresos brutos* susceptibles de incrementar el patrimonio realizados en el año gravable, las devoluciones, rebajas y

¹⁶⁵ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

¹⁶⁶ Artículo 20.

¹⁶⁷ Artículo 24.

¹⁶⁸ Artículo 21.

¹⁶⁹ Artículo 23.

¹⁷⁰ Modificado por el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014.

¹⁷¹ A que se refiere el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012.

descuentos, y de lo así obtenido se *restarán* los que correspondan a los ingresos no constitutivos de renta establecidos en los artículos 36¹⁷², 36-1¹⁷³, 36-2¹⁷⁴, 36-3¹⁷⁵, 45¹⁷⁶, 46-1¹⁷⁷, 47¹⁷⁸, 48¹⁷⁹, 49¹⁸⁰, 51¹⁸¹, 53¹⁸² 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 I¹⁸³ del Estatuto Tributario. También se *restarán* las deducciones de los artículos 107 a 117¹⁸⁴, 120 a 124¹⁸⁵, 126-1¹⁸⁶, 127-1¹⁸⁷, 145¹⁸⁸, 146¹⁸⁹, 148¹⁹⁰, 149¹⁹¹, 159¹⁹², 171¹⁹³, 174¹⁹⁴ y 176¹⁹⁵ del Estatuto Tributario, siempre que cumplan con los *requisitos* de los artículos 107¹⁹⁶ y 108¹⁹⁷ del Estatuto Tributario, así como las correspondientes a la depreciación y amortización de inversiones previstas en los artículos 127¹⁹⁸, 128 a 131-1¹⁹⁹ y 134 a 144²⁰⁰ del Estatuto Tributario. Estas deducciones se aplicarán con las *limitaciones y restricciones* de los artículos 118²⁰¹, 124-1²⁰², 124-2²⁰³, 151 a 155²⁰⁴ y 177 a 177-2²⁰⁵ del Estatuto Tributario.

¹⁷² Prima en colocación de acciones o de cuotas sociales.

¹⁷³ Utilidad en la enajenación de acciones.

¹⁷⁴ Distribución de utilidades o reservas en acciones o cuotas de interés social.

¹⁷⁵ Capitalizaciones no gravadas para los socios o accionistas.

¹⁷⁶ Las indemnizaciones por seguro de daño.

¹⁷⁷ Indemnizaciones por destrucción o renovación de cultivos, y por control de plagas.

¹⁷⁸ Los gananciales.

¹⁷⁹ Las participaciones y dividendos.

¹⁸⁰ Determinación de los dividendos y participaciones no gravados.

¹⁸¹ La distribución de utilidades por liquidación.

¹⁸² Aportes de entidades estatales, sobretasas e impuestos para financiamiento de sistemas de servicio público de transporte masivo de pasajeros.

¹⁸³ Impuesto sobre la renta y complementarios.

¹⁸⁴ Las expensas necesarias son deducibles; los aportes parafiscales son requisito para la deducción de salarios; deducción de cesantías pagadas; deducción de cesantías consolidadas; deducción de pensiones de jubilación de invalidez; deducción de la provisión para el pago de futuras pensiones; cómo se determina la cuota anual deducible de la provisión; deducción de aportes; deducción de impuestos pagados; deducción de impuestos, regalías y contribuciones pagados por los organismos descentralizados; deducción de intereses.

¹⁸⁵ Deducción de ajustes por diferencia en cambio; deducción de gastos en el exterior; limitación a los costos y deducciones; requisitos para su procedencia; los pagos a la casa matriz son deducibles.

¹⁸⁶ Deducción de contribuciones a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y fondos de cesantías.

¹⁸⁷ Contratos de leasing.

¹⁸⁸ Deducción de deudas de dudoso o difícil cobro.

¹⁸⁹ Deducción por deudas manifiestamente perdidas o sin valor.

¹⁹⁰ Deducción por pérdidas de activos.

¹⁹¹ Pérdidas en la enajenación de activos.

¹⁹² Deducción por inversiones amortizables en la industria petrolera y el sector minero.

¹⁹³ Deducción por amortización de inversiones en exploración de gases y minerales.

¹⁹⁴ Deducción por sumas pagadas como renta vitalicia.

¹⁹⁵ Deducciones en el negocio de ganadería.

¹⁹⁶ Las expensas necesarias son deducibles.

¹⁹⁷ Los aportes parafiscales son requisito para la deducción de salarios.

¹⁹⁸ Beneficiarios de la deducción.

¹⁹⁹ Deducción por depreciación; concepto de obsolescencia; constitución de reserva; base para calcular la depreciación;

²⁰⁰ Sistemas de cálculo; bienes depreciables; depreciación de bienes adquiridos en el año; facultad para establecer la vida útil de bienes depreciables; posibilidad de utilizar una vida útil diferente; depreciación de bienes usados; depreciación acelerada; registro contable de la depreciación; deducción por amortización de inversiones; término para la amortización de inversiones; obligación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley.

²⁰¹ El componente inflacionario no es deducible.

²⁰² Otros pagos no deducibles.

²⁰³ Pagos a paraísos fiscales.

²⁰⁴ No son deducibles las pérdidas por enajenación de activos a vinculados económicos; no son deducibles las pérdidas por enajenación de activos de sociedades a socios; no es deducible la pérdida en la enajenación de acciones o cuotas de interés social; no son deducibles las pérdidas por enajenación de bonos de

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 841 de 1998 (expresión acusada en el presente asunto), 135²⁰⁶ de la Ley 100 de 1993, 16²⁰⁷ de la Ley 546 de 1999 modificado por el artículo 81 de la Ley 964 de 2005, 56²⁰⁸ 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 305²⁰⁹ del Estatuto Tributario. El parágrafo transitorio establece que para los periodos 2013 a 2017 (cinco años gravables) se podrán *restar* de la base gravable las *rentas exentas* de que el artículo 207-2²¹⁰, numeral 9²¹¹ del Estatuto Tributario. Por último, los artículos 22-1 a 22-5 refieren a las rentas brutas y líquidas especiales, a la compensación de pérdidas fiscales, a la compensación de exceso de base mínima, a la remisión a las normas del impuesto sobre la renta y al descuento por impuestos pagados en el exterior.

El artículo 4° del Decreto 841 de 1998 como *renta exenta* que se permitirá *restar* para *establecer* la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, establece lo siguiente:

“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

financiamiento presupuestal; no son deducibles las pérdidas por enajenación de bonos de financiamiento especial.

²⁰⁵ Las limitaciones a costos se aplican a las deducciones; límite de los costos y deducciones; no aceptación de costos y gastos.

²⁰⁶ *“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 y 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. Ajuste de salarios mínimos en términos de UVT por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006. Las pensiones estarán exentas del impuesto sobre la renta. A partir del 1o. de Enero de 1.998 estarán gravadas solo en la parte que exceda de 1.000 UVT. (...) Parágrafo 1°. 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 una renta exenta. Los aportes a cargo del empleador serán deducibles de su renta. Parágrafo 2°. Las disposiciones a que se refieren 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 (...).”*

²⁰⁷ Beneficio tributario para los rendimientos de títulos de ahorro a largo plazo para la financiación de vivienda.

²⁰⁸ Incentivos a la financiación de vivienda de interés social subsidiable.

²⁰⁹ Se determina por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo; se determinan por el exceso de lo recibido sobre el capital aportado; origen; cómo se determina su valor; gravamen a los premios en dinero y en especie; en premios en títulos de capitalización.

²¹⁰ Otras rentas exentas.

²¹¹ La utilidad en la enajenación de predios destinados a fines de utilidad pública a que se refieren los literales b) y c) 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 10 años. También gozarán de esta exención los patrimonios autónomos indicados.

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”. Lo subrayado hace parte de lo cuestionado en el presente asunto.

El Decreto 2701 de 2013²¹² reglamentó la Ley 1607 de 2012 refiriendo en su parte considerativa a la necesidad de reglamentar la depuración de la base gravable con el propósito de facilitar a los contribuyentes la determinación del impuesto a cargo y en su preceptiva a la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE (art. 3°).

6.4. La Corte en la sentencia C-090 de 2011 examinó lo correspondiente a la exención tributaria a los recursos de los fondos de pensiones. En efecto, estudio si el artículo 135²¹³ de la Ley 100 de 1993 al prever que los recursos de los fondos de pensiones del RAIS, entre otros, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional, incurrió en omisión legislativa relativa por violación del artículo 48 de la Constitución²¹⁴,

²¹² En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las consagradas en los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política, el inciso 1° del artículo 851 del Estatuto Tributario y lo dispuesto en los artículos 20, 21, 22 y 23 de la Ley 1607 de 2012.

²¹³ Inciso primero: “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 y 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”.

²¹⁴ No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

al *no exonerar* igualmente los tributos de orden territorial, ni otros recursos del sistema de seguridad social como la conmutación pensional.

Al declarar su exequibilidad indicó que los recursos del sistema de seguridad social son de carácter parafiscal y no pueden gravarse. Anotó que dichos recursos provienen de un gravamen obligatorio que realizan los trabajadores y los empleadores con la finalidad de beneficiar a los primeros -trabajadores dependientes e independientes- quienes después de cumplir unos requisitos establecidos por el legislador podrán acceder a una pensión. Tal carácter parafiscal implica que los recursos no pertenecen a la Nación, ni a los entes territoriales, ni a las administradoras, ni al empleador. Adujo que los recursos del sistema pensional no pueden ser destinados a un objeto diferente, lo cual incluye la prohibición para el Estado de imponer tributos sobre estos²¹⁵.

Enfatizó que los recursos del sistema de seguridad social no son materia imponible, razón por la cual no pueden ser gravados por ninguna autoridad que detente la facultad impositiva²¹⁶. Además, expuso en la sentencia C-090 de 2011 que para la configuración de una omisión legislativa relativa no basta con afirmar que el Congreso expida una regulación incompleta o insuficiente, sino que se requiere *demostrar* que dicha regulación parcial o fragmentada resulta contraria a la Constitución, esto es, *“que el ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que se omitió es esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”*²¹⁷.

6.5. La Corte se ha pronunciado en varias oportunidades²¹⁸ sobre el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, hoy inmerso en el Estatuto Tributario²¹⁹. Particularmente, las sentencias C-289 de 2014²²⁰ y C-291 de 2015²²¹ refirieron a la naturaleza jurídica de este impuesto, que a continuación se procede a destacar por la relevancia que ofrece al presente asunto. Inician por señalar que el impuesto sobre la renta para la equidad CREE constituye *“un tributo en la modalidad de renta de destinación específica, cuyo sujeto pasivo son las sociedades, personas jurídicas y asimiladas contribuyentes del impuesto sobre la renta. Este gravamen se causa por la percepción de ingresos susceptibles*

²¹⁵ Cfr. sentencias C-045 de 1996, C-363 de 2001, C-828 de 2001, C-1247 de 2001, C-655 de 2003 y C-1040 de 2003, entre otras.

²¹⁶ La Corte precisó que al no ser materia imponible no puede establecerse respecto de ellos exenciones (uso anti técnico). Recordó que las exenciones son beneficios que presuponen la existencia de unos sujetos u objetos susceptibles de materia impositiva, frente a los cuales pese a existir la obligación tributaria se les exonera de ella, que no corresponde al caso que nos ocupa, toda vez que en virtud del artículo 48 superior no son materia imponible.

²¹⁷ Sentencia C-1011 de 2008.

²¹⁸ Una de tales decisiones fue la sentencia C-465 de 2014 que declaró la exequibilidad, entre otros, de la Ley 1607 de 2012 por el cargo de falta de publicación del proyecto presentado al Congreso, así como de los artículos 20 parágrafos 1, 2 y 3, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36 por la presunta vulneración de los principios de unidad de materia y de especialidad de la comisión constitucional permanente.

²¹⁹ Artículo 241.

²²⁰ Declaró exequibles los incisos 1 y 3 del artículo 24, y los incisos 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, al no modificar el Estatuto Orgánico del Presupuesto (art. 151 superior).

²²¹ Declaró exequible el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, respecto al cargo de omisión legislativa relativa por violación del principio de equidad tributaria vertical (arts. 95-9 y 363 C. Pol.), en el entendido de que las pérdidas fiscales en que incurran los contribuyentes del impuesto sobre la renta para la equidad CREE podrán compensarse conforme al artículo 147 del Estatuto Tributario, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

de incrementar el patrimonio del sujeto pasivo -es decir por la sola percepción de ingresos que constituyan riqueza- y sus beneficiarios son los comprendidos en las destinaciones específicas definidas en el artículo 24 de la Ley 1607 de 2012”.

De la exposición de motivos que dio origen a la Ley 1607 de 2012 pudo determinarse por la Corte que el diseño del gravamen fue justificado en la necesidad de aliviar las cargas tributarias de los empleadores asociadas a la nómina, dado el alto impacto que comportaban para la generación de empleo formal. De ahí que el legislador hubiera considerado que los aportes parafiscales que debían sufragar los empleadores al vincular personal por contrato de trabajo constituían un desestímulo significativo para la formalización del empleo, a la vez que promovían la vinculación informal:

“3.3. Impuesto sobre la renta para la equidad CREE. Los excesivos cargos que hoy en día gravan el trabajo formal en Colombia, se han traducido en elevadas tasas de desempleo en comparación con los países de la región. Los impuestos a la nómina ascienden actualmente al 58,1%, un porcentaje que se encuentra muy por encima de países como Chile (7,5%) y Perú (13.5%)²²². La situación de informalidad en Colombia, tanto laboral como empresarial, es preocupante. El país no ha logrado disminuir la informalidad y está ubicada en niveles altos de empleo informal en comparación con los países de la región (...).

Ahora bien, (...), los países con mayores contribuciones a la seguridad social y aportes parafiscales tienen tasas de desempleo más altas, lo que hace que en Colombia resulte muy costosa la generación de empleo. Adicionalmente, la economía informal influye negativamente en el desarrollo de un país a través de diversos canales: (...) es un obstáculo para el incremento de la productividad (...).

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno Nacional, con el fin de incentivar la creación de empleo y combatir las consecuencias negativas que representa tener altos niveles de informalidad, considera necesario disminuir los gravámenes sobre la nómina, aliviando sustancialmente la carga de los aportes parafiscales y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud en cabeza de las personas jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, actores fundamentales para cumplir los objetivos mencionados. Así, se propone eliminar los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondientes a los trabajadores cuyos salarios no superen diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como requisito esencial para lograr la eliminación mencionada, es fundamental sustituir las fuentes de la financiación que representaban

²²² Fedesarrollo-Tendencia Económica- Enero de 2012.

para las entidades mencionadas y para el Sistema de Seguridad Social en Salud, los aportes y cotizaciones que se eliminan en el presente proyecto de ley. Lo anterior, toda vez que se reconoce el gran impacto social que generan los programas a cargo del SENA y del ICBF, y la importancia del sostenimiento del sistema de salud en Colombia. Así las cosas, se crea un nuevo impuesto (impuesto sobre la renta para la equidad - CREE) el cual se calculará tomando en consideración, ya no las nóminas de las empresas, sino las utilidades obtenidas en un período gravable, lo cual contribuye a que el sistema tributario sea más eficaz y equitativo, respetando los principios constitucionales de progresividad, justicia y legalidad. El CREE tendrá como destinación específica, la atención de los gastos del ICBF y SENA, garantizar los programas a su cargo y financiar parcialmente el Sistema de Seguridad Social en Salud’’²²³.

De esta manera, encuentra la Corte que los sujetos pasivos del impuesto son los productores de riqueza, esto es, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios que obtengan ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio. Así mismo, constituyen sujetos pasivos las sociedades y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta. De este modo, el diseño del CREE grava las fuentes de ingreso constantes basadas ya no en la nómina sino en la rentabilidad de la producción.

Ello le permitió a este Tribunal colegir que el CREE “*es 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. Para lograr estos objetivos el legislador acogió una fórmula similar a la del impuesto sobre la renta que, prima facie, es admisible en términos constitucionales. En efecto, el Congreso diseñó un tributo que grava los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio, permitió varios descuentos, mantuvo una destinación específica para los ingresos y, aunque se basó en el impuesto sobre la renta para hacer el diseño, la naturaleza y destinación específica del CREE ya marcan una diferencia con ese gravamen’’²²⁴.*

6.6. De otra parte, la Corte encuentra que en la exposición de motivos al proyecto de ley que llevó a la aprobación de la Ley 1607 de 2012 se hizo referencia a la *base gravable* al sostenerse que la constituía la renta líquida ordinaria del ejercicio determinada de acuerdo con las normas aplicables al impuesto sobre la renta y complementarios, bajo algunas particularidades como:

²²³ Gaceta del Congreso 666 de 5 de octubre de 2012. Cámara de Representantes. Proyecto de ley 166 de 2012. Págs. 47 y 48.

²²⁴ Sentencias C-289 de 2014 y C-291 de 2015.

*“Las únicas rentas exentas del impuesto sobre la renta que son aceptadas para la determinación de la base gravable del CREE son las derivadas de la aplicación de la Decisión 578 de la Comunidad Andina, y a las derivadas de los artículos 4° del Decreto 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, 56 de la Ley 546 de 1999, y los numerales 7 y 8 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario”*²²⁵ (lo destacado al margen del texto transcrito). Añadió que esta base gravable se determinó con la finalidad de que *“el sistema de tributación sea progresivo, y respete los principios tributarios de equidad y justicia”*²²⁶.

En la ponencia para primer debate²²⁷, bajo el acápite de justificación al pliego de modificaciones, luego de referir que el objetivo principal de la reforma legal es garantizar el principio de equidad contributiva de los aportes parafiscales, al cambiar fundamentalmente varios de sus elementos sujetos al principio de legalidad como lo son la *base gravable* y la tarifa, se expresa lo siguiente:

“Base gravable del CREE

*En el artículo 31, que se sugiere pase a ser el 22 de la ponencia, que se ocupa de establecer la base gravable del nuevo impuesto, se aclaran los ingresos que es posible deducir para obtener la utilidad gravable. En este sentido se determina que de los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio se restarán las devoluciones, rebajas y descuentos reconocidos para el impuesto sobre la renta, de ahí se pueden restar los ingresos que no son constitutivos de renta, los costos y algunas de las deducciones que admite el Estatuto Tributario para la determinación del impuesto sobre la renta. En general, las deducciones susceptibles de detracción de la base gravable son solo aquellas que constituyen minoraciones estructurales, esto es, erogaciones relacionadas con la producción de la renta del contribuyente, que son admitidas en la detracción. Por oposición, no se admiten deducciones que han sido concebidas como estímulos o mecanismos de fomento y que, en ese entendido, constituyen beneficios tributarios. Se mantiene el aparte del texto radicado, en lo atinente a que no se puede deducir la inversión en activos fijos reales productivos, cuando aplique. Finalmente, se establece que se pueden restar ciertas rentas exentas y que quedan excluidas del impuesto, ciertas ganancias ocasionales”*²²⁸.

En el informe de ponencia para segundo debate en la plenaria de Cámara de Representantes y en plenaria del Senado de la República, en el punto sobre justificación de modificaciones, se anotó lo siguiente:

“Base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE

²²⁵ Gaceta del Congreso 666 de 5 de octubre de 2012. Cámara de Representantes. Proyecto de ley 166 de 2012. Pág. 48.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Proyecto de ley número 166 de 2012 Cámara y 134 de 2012 Senado.

²²⁸ Gaceta del Congreso 829 de 22 de noviembre de 2012. Cámara de Representantes. Pág. 8.

El artículo 22 del texto aprobado en primer debate se modifica para modificar(sic) las deducciones de la base del CREE. Se discriminan los costos que se pueden detraer de la base (admitiendo por tales solo los que constituyen minoraciones estructurales y en ningún caso los que constituyen beneficios). Así mismo se eliminan las referencias al artículo 207-2 del Estatuto Tributario”²²⁹.

6.7. Como se ha explicado, el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 vino a ser modificado por el *artículo 11 de la Ley 1739 de 2014*, que en cuanto a la expresión acusada en el presente asunto, esto es, “4° del Decreto 841 de 1998”, como renta exenta que se puede restar para establecer la base gravable del CREE, se mantuvo en su redacción inicial y, por tanto, en su contenido explícito. Fue adicionado en los artículos 22-1²³⁰, 22-2²³¹, 22-3²³², 22-4²³³ y 22-5²³⁴ por los artículos 12 a 16 de la Ley 1739 de 2014.

En la ponencia para primer debate²³⁵, tanto en Cámara como en Senado, como justificación al pliego de modificaciones, se señaló que el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, “*se concibió como un impuesto análogo al impuesto sobre la renta y complementarios pero diferente del mismo en varios de sus elementos, a saber: sujetos pasivos diferentes, base gravable diferente, tarifa diferente y destinación específica. En lo relativo a la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, en general no se admiten los beneficios tributarios previstos en el impuesto sobre la renta y complementarios. Así las cosas, a pesar de las diferencias estructurales, algunos de sus elementos deben ser referenciados al impuesto sobre la renta y complementarios”²³⁶. Subrayas al margen del texto transcrito.*

²²⁹ Gaceta del Congreso 913 de 10 de diciembre de 2012. Cámara de Representantes. Pág. 7. Gaceta del Congreso 914 de 11 de diciembre de 2012. Senado de la República. Pág. 7.

²³⁰ RENTAS BRUTAS Y LÍQUIDAS ESPECIALES. Artículo adicionado por el artículo 12 de la Ley 1739 de 2014. Las rentas brutas especiales previstas en el Capítulo IV, del Título I del Libro primero del Estatuto Tributario, y las Rentas líquidas por recuperación de deducciones, señaladas en los artículos 195 a 199 del Estatuto Tributario serán aplicables para efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE).

²³¹ COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES. Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 1739 de 2014. Las pérdidas fiscales en que incurran los contribuyentes del Impuesto Sobre la renta para la Equidad (CREE) a partir del año gravable 2015, podrán compensarse en este impuesto de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Estatuto Tributario Nacional.

²³² COMPENSACIÓN DE EXCESO DE BASE MÍNIMA. Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1739 de 2014. El exceso de base mínima de Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) calculada de acuerdo con el inciso 2o del artículo 22 de esta ley sobre la base determinada conforme el inciso 1o del mismo artículo, que se genere a partir del periodo gravable 2015, podrá compensarse con las rentas determinadas conforme al inciso 1o del artículo 22 citado dentro de los cinco (5) años siguientes, reajustado fiscalmente.

²³³ REMISIÓN A LAS NORMAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Artículo adicionado por el artículo 15 de la Ley 1739 de 2014. Para efectos del Impuesto Sobre la renta para la Equidad (CREE) será aplicable lo previsto en el Capítulo XI del Título I del Libro I, en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario Nacional, y en las demás disposiciones previstas en el Impuesto sobre la Renta siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de dicho impuesto.

²³⁴ DESCUENTO POR IMPUESTOS PAGADOS EN EL EXTERIOR. Artículo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1739 de 2014. Las sociedades y entidades nacionales que sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) y su sobretasa, cuando sea el caso, y que perciban rentas de fuente extranjera sujetas al impuesto sobre la renta en el país de origen, tienen derecho a descontar del monto del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) y su sobretasa, cuando sea el caso, el impuesto sobre la renta pagado en el país de origen, cualquiera sea su denominación, liquidado sobre esas mismas rentas el siguiente valor: (...).

²³⁵ Proyecto de ley 134 de 2014 Cámara y 105 de 2014 Senado.

²³⁶ Gaceta del Congreso 743 de 24 de noviembre de 2014. Cámara de Representantes. Pág. 6. Gaceta del Congreso 744 de 25 de noviembre de 2014. Senado de la República. Pág. 12.

6.7. El Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo²³⁷, resolvió en su momento si los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos que deben constituir las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías hacen parte de la seguridad social.

Al denegar las súplicas de la demanda expuso que *“en el caso de los Fondos de Pensiones los recursos que tienen estatus constitucional de parafiscales son los provenientes de las cotizaciones de los afiliados, pues es respecto de éstos que se cumplen las características (...) de obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, como quiera que se trata de aportes obligatorios afectados a un determinado grupo: el de los futuros pensionados, quienes mensualmente cotizan lo señalado por la ley para garantizar su pensión por vejez, invalidez o muerte y están destinados a lograr este fin”*. Respecto a los recursos que constituyen la reserva de estabilización de los Fondos de Pensiones señaló que *“no sucede lo mismo (...) puesto que (...) son recursos (utilidad con fin específico) de propiedad de las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, por lo que puede afirmarse que los rendimientos que producen, por efectos de la inversión que de ellos hagan las administradoras también son de su propiedad”*.

Luego de citar el artículo 135²³⁸ de la Ley 100 de 1993 para significar que los aportes obligatorios para pensión tienen naturaleza parafiscal y, por tanto, no pueden ser gravados con ningún impuesto, y referir al artículo 4º del Decreto 841 de 1998 sobre exención de impuestos, entre otras, para con las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, advierte la Sala de lo Contencioso Administrativo:

“El legislador fue expreso en señalar cuáles recursos de los Fondos de Pensiones estaban exceptuados de toda clase de impuestos; así pues, y de acuerdo con el principio de legalidad en materia de impuestos, según el cual las exenciones son de interpretación restrictiva y se centran en las exclusivamente señaladas por la ley, no es posible derivar beneficios o tratamientos especiales a otra clase de recursos no previstos en la misma ley. Bajo este criterio expuesto, la exención se aplica solo para los recursos a los que se refiere el Decreto 841 de 1998, por los afectos al sistema general de pensiones ya que (...) los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos son de propiedad de las sociedades administradoras debido a que se conforman con recursos propios de ellas y, por consiguiente, los rendimientos generados por dicha reserva, (...), se consideran ingresos ordinarios gravables del respectivo año, en la medida que no fueron excluidos por el legislador”.

²³⁷ Sentencia de 31 de mayo de 2012. Radicación 16723. Decidió sobre la legalidad de un concepto tributario de 2006 proferido por la DIAN que establecía que los rendimientos generados por la reserva de estabilización constituían ingreso en cabeza de la sociedad AFP y Cesantías, y dependiendo de la forma que hubiere adoptado reciben el tratamiento tributario que corresponde a las sociedades anónimas o a las instituciones solidarias.

²³⁸ Tratamiento tributario.

De esta manera, el Consejo de Estado concluyó que la reserva de estabilización de rendimientos al pertenecer a la propiedad de las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son ingresos ordinarios que pueden gravarse, a diferencia de los exceptuados como la reserva matemática de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, junto con sus rendimientos, por estar afectos a la seguridad social (contribuciones parafiscales y destinación específica).

7. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en materia tributaria

7.1. *La doctrina sobre la materia*²³⁹. Ha enfatizado que el modelo del Estado constitucional contemporáneo ha favorecido el advenimiento de una Constitución dotada de riqueza y potencia normativa, impregnada de valores, principios, derechos y deberes que han de estar presentes en todos los espacios y conflictos jurídicos. El control judicial de constitucionalidad sería insuficiente si solo se limitara a corregir las conductas positivas inconstitucionales (preceptos legales) y no hiciera lo propio respecto de las omisiones violatorias de la Constitución²⁴⁰.

La afrenta a la Carta Política puede darse por acción y por omisión. Este segundo caso se configura cuando no se actúa o se hace de manera deficiente o discriminatoriamente, generando una situación de inconstitucionalidad. Algunos autores²⁴¹ reconocen que en el silencio legislativo existe una norma implícita que puede ser objeto de control jurídico. El que el Congreso no hubiera diseñado los mecanismos procesales conducentes para el control de la pretericiones inconstitucionales no puede constituirse en un obstáculo insalvable, porque paradójicamente llevaría a hacer depender la solución del problema de quien lo genera, de quien no ha actuado²⁴².

Es razonable además esperar del juez de constitucionalidad un “*activismo prudente y equilibrado*”, que sin generar un desborde de su marco competencial, tampoco lo conduzca a incumplir la exigencia axial en punto a garantizar los mandatos constitucionales. Bien expone el texto en cita que: “*La Constitución no es poesía o mera retórica, sino por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad*”²⁴³. Siguiendo a Franz Wessel²⁴⁴ las modalidades más difundidas son la absoluta (total) y relativa (parcial). Esta última se presenta cuando se ha sancionado un dispositivo legislativo pero de modo ineficiente, “*excluyendo arbitrariamente de su cobertura a determinados grupos o personas y violando así el principio de*

²³⁹ Estas primeras páginas recogen de manera significativa el texto “control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes”. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Víctor Bazán. Konrad Adenauer Stiftung. 2014. Cfr. sentencia C-209 de 2016.

²⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 931.

²⁴¹ Villaverde Menéndez, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Pág. 109 y ss.

²⁴² *Ibidem*. Págs. 97, 101 y 932. Las omisiones inconstitucionales no son lagunas del derecho.

²⁴³ *Ibidem*. Pág. 935.

²⁴⁴ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde. 1952.

igualdad” o en otros el debido proceso. Es decir, se está ante el supuesto de insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional o actividad deficiente del legislador²⁴⁵. Para Miranda la omisión legislativa relativa consiste en la falta de cumplimiento del mandato constitucional en cuanto a alguno de sus aspectos o de sus destinatarios²⁴⁶.

La omisión relativa que hace viable el estudio de constitucionalidad es aquella cuyos efectos y textura son constitucionalmente relevantes y no concretan de manera completa un determinado imperativo constitucional. La solución por el órgano jurisdiccional parte de la complementación de la norma desigual para graduarla equitativamente con la finalidad de restablecer la igualdad, pudiendo prevalerse de las sentencias aditivas²⁴⁷.

7.2. *La jurisprudencia constitucional.* En la sentencia C-586 de 2014²⁴⁸ esta Corporación reiteró su jurisprudencia sobre los presupuestos que deben verificarse a efectos de tramitar una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: “i) *La existencia de una norma frente a la cual se predique la omisión;* ii) *la norma acusada debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;* iii) *que la omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su supuesto fáctico;* iv) *que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente;* v) *que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y;* vi) *que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador*²⁴⁹”.

De igual manera, se hizo referencia al alcance de su competencia como al remedio a adoptar por parte de este Tribunal al determinar que: i) es competente para realizar el control constitucional sobre las omisiones legislativas siempre que no sean absolutas sino relativas; ii) esta modalidad de control se sujeta a que el accionante satisfaga unas cargas argumentativas específicas dirigidas a poner en evidencia este tipo de omisión y mostrar su manifiesta contrariedad con el ordenamiento constitucional; iii) al momento de establecer el remedio para una inconstitucionalidad por omisión relativa del legislador se plantea una tensión entre la competencia de la Corte para

²⁴⁵ *Ibidem.* Pág. 103.

²⁴⁶ Miranda Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* T. II. Coimbra Edit. 1993. Pág. 339.

²⁴⁷ *Ibidem.* Pág. 121.

²⁴⁸ Examinó el artículo 6º de la Ley 1184 de 2008 en cuanto a si se incurrió en una omisión legislativa relativa por violación del derecho a la igualdad, entre otros, al definir los sujetos exentos de un tributo (cuota de compensación militar) sin incluir a los jóvenes que se encuentran bajo la custodia del ICBF.

²⁴⁹ La cita corresponde a la sentencia C-359 de 2013, que contiene una síntesis de la jurisprudencia constitucional relativa a omisión legislativa relativa. En este pronunciamiento se constata la existencia de una omisión de este tipo, debido a la no inclusión del pueblo Rrom o Gitano y de las comunidades raizales dentro de la lista de beneficiarios del subsidio para acceder a proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario, donde sí estaban contemplados otros grupos étnicos de la Nación como los indígenas y los afrodescendientes.

garantizar la supremacía y efectividad de los principios y derechos constitucionales, y la competencia reguladora que en democracia corresponde en primer lugar al Congreso de la República; y iv) el remedio ante una inconstitucionalidad advertida no es la inexecutable de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizarlo mediante la incorporación de un significado ajustado a la Constitución por medio de una sentencia integradora²⁵⁰.

8. El asunto sub-examine. Inexistencia de la omisión legislativa relativa atribuida por la accionante

8.1. Considera la accionante que el artículo 11, parcial, de la Ley 1739 de 2014, modificadorio del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, incurrió en una *omisión legislativa relativa por violación de los artículos 13 (igualdad) y 48 (seguridad social) superiores*, ya que al entrar a determinar la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, permitiendo dentro de la depuración establecida restar de los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio, entre otras, las rentas exentas de que trata el artículo 4º del Decreto 841 de 1998, esto es, las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, no hizo lo mismo (no inclusión) respecto a las reservas de estabilización y sus rendimientos, cuando ambas en su opinión comparten una naturaleza similar y están afectas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS.

En relación con el problema jurídico planteado, los intervinientes en su mayoría como el Procurador General de la Nación solicitan de este Tribunal que declare exequible la norma parcialmente acusada, toda vez que las reservas en cuestión no guardan una conexión estrecha atendiendo su naturaleza y finalidad dentro del RAIS.

8.2. La Corte habrá de resolver que el aparte normativo acusado no incurrió en una omisión legislativa relativa por desconocimiento de los derechos de igualdad y seguridad social, porque además del amplio margen de configuración que le asiste al legislador en materia tributaria, cuyas exenciones establecidas son de aplicación restrictiva, pudo determinarse que aunque las reservas de estabilización y sus rendimientos comparten con las reservas matemáticas y sus rendimientos cierta relación al comprender el pago de pensiones, no son en estricto sentido equiparables dada su naturaleza, conformación y finalidad, al provenir las primeras del patrimonio exclusivo de la sociedad AFP, mientras que las otras del ahorro pensional que como recursos de la seguridad social tienen carácter parafiscal y destinación específica.

También habrá de concluirse que si bien el CREE es análogo al impuesto sobre la renta y complementarios, en definitiva son gravámenes diferentes

²⁵⁰ Cfr. sentencias C-586 de 2014 y C-291 de 2015.

como lo determinó el propio legislador a partir del ámbito conceptual y de los elementos que los componen como son el sujeto pasivo, la base gravable, la tarifa y la destinación específica, por lo que las exenciones establecidas para uno no necesariamente deben extenderse al otro.

8.3. La doctrina muestra que no ha resultado ser un asunto pacífico la relación de los seguros con la fiscalidad. Los métodos de imposición fiscal en materia aseguradora varían en cada país o comunidad supranacional. En Colombia, la actividad aseguradora está gravada de diversas formas²⁵¹.

El artículo 48 de la Constitución señala que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. Por su parte, el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 establece que los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre otros, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional, lo cual obedece al carácter parafiscal de tales recursos que no pueden ser destinados a un objeto diferente, y que incluye la prohibición para el Estado de imponer tributos sobre ellos. Además, se ha precisado que el vocablo técnico es “exclusión” y no “exención” porque éste presupone la existencia de un sujeto u objeto susceptible de gravamen del cual se les exonera.

La normatividad referida permite extraer que el régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. El régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS es uno de los dos regímenes dispuesto por el legislador que está basado en el ahorro de las cotizaciones a título individual y sus rendimientos financieros, así como en la solidaridad, primas de seguros y costos de administración. Los afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, las cuales a su vez pueden adoptar la modalidad de renta vitalicia (contratada con la aseguradora), retiro programado (se obtiene de la sociedad AFP) y retiro programado con renta vitalicia diferida.

8.4. Las cotizaciones obligatorias o voluntarias se abonan a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado a prorrata del Fondo de Pensión que escoja o sea asignado. Atendiendo el porcentaje de la tasa de cotización establecida, una buena parte de los aportes y rendimientos financieros se capitaliza en la cuenta individual y la otra esencialmente se destina a la *prima de seguros de invalidez y sobrevivientes*, prima de reaseguros de Fogafín y gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima y Fondo de Solidaridad. Cuando cada afiliado al RAIS cotiza al sistema con cargo a su patrimonio o con el aporte de su empleador, dicha cotización, que tiene naturaleza parafiscal y solo puede destinarse a los fines autorizados en la ley, es destinada también en una parte a la cancelación de la prima de seguro de invalidez y sobrevivientes, contratado para garantizar el pago la pensión a su

²⁵¹ Aspectos tributarios del contrato de seguros. Comentarios y normatividad colombiana. Universidad del Rosario. 2008.

favor o de sus sobrevivientes en aquellos casos en que la pérdida de capacidad laboral o la muerte impidan acumular en su cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar su pensión.

Las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se financian con la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional y la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional está a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y sobrevivientes. La aseguradora que tenga a su cargo la póliza por estos conceptos, cuya prima se paga con una porción de la cotización del afiliado al RAIS, tiene el deber de constituir una *reserva matemática* que garantice la cobertura de la suma adicional necesaria para completar el capital suficiente y así financiar el monto de la pensión. Tratándose de la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia las pólizas de seguros para garantizar su pago se cancelan en su totalidad con los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, compuesta no solo por las cotizaciones pagadas durante la vida laboral, sino también por el bono pensional, los aportes voluntarios y los rendimientos financieros.

Por tanto, la reserva matemática es aquella que se constituye para atender el pago de las obligaciones asumidas en los seguros de vida individual y en los amparos cuya prima se ha calculado en forma nivelada o seguros cuyo beneficio se paga en forma de renta. Representan el pasivo que la entidad aseguradora tiene para con los asegurados, aplicable a productos de seguros personales en los que se cumplen las condiciones de cobertura plurianual, prima nivelada y riesgo creciente. Equivalen a la acumulación con intereses de las primas percibidas en exceso del riesgo de cada año para poder enfrentar al riesgo futuro. El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados denominado Fondos de Pensiones, que es independiente del patrimonio de la sociedad AFP.

8.5. De otra parte, las sociedades AFP deben garantizar una rentabilidad mínima de cada uno de los Fondos de Pensiones que administra. De no alcanzarse ésta, tales sociedades deben responder con sus propios recursos afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos. Además, si esta no es suficiente para cubrir el defecto observado, las sociedades administradoras deben afectar la parte restante de su patrimonio. Se busca proteger al afiliado de un riesgo en el manejo financiero de los recursos confiados a las sociedades AFP.

El patrimonio de las sociedades AFP garantiza el pago de la rentabilidad mínima y el desarrollo del negocio de administración del Fondo de Pensiones. Su control y vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera quien podrá impartir orden de capitalización y fijar los términos para su cumplimiento para que se cubra el defecto y se recomponga el patrimonio de las sociedades administradoras-margen de solvencia y capital mínimo-. En caso contrario podrá tomar posesión de éstas sin perjuicio de las medidas

preventivas que prevé el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De esta manera, la exigibilidad de las reservas de estabilización de rendimientos se sujeta a la dinámica del mercado de capitales, a los riesgos imponderables frente a la búsqueda de rentabilidad, seguridad y liquidez.

8.6. El Consejo de Estado, Sección Cuarta, ha diferenciado las reservas de estabilización de rendimientos como recursos (utilidad con fin específico) de propiedad de las sociedades AFP por lo que sus rendimientos producto de la inversión le corresponden, de las exenciones tributarias previstas para las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, que son producto de las cotizaciones de los afiliados y, por tanto, tienen un carácter parafiscal y están destinados a lograr este fin.

8.7. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar que dentro de los rasgos definitorios de las contribuciones parafiscales se encuentran la i) obligatoriedad, ii) la singularidad y iii) la destinación sectorial, que para el caso de la reserva matemática de los seguros de pensiones, así como de sus rendimientos, se cumplen al provenir de las cotizaciones de los afiliados, situación que no ocurre respecto de la reserva de estabilización y sus rendimientos, por la circunstancia de constituir recursos propios del patrimonio de la sociedad AFP.

8.8. Entonces, las reservas matemáticas y sus rendimientos constituyen recursos de la seguridad social al fundamentarse en los aportes parafiscales (cotizaciones trabajadores - empleadores) que son de destinación específica (garantía de las prestaciones). En otras palabras, los ahorros son de los afiliados, con los cuales se conforman un patrimonio autónomo e independiente respecto del perteneciente a las sociedades AFP. Las pensiones de invalidez y sobrevivientes son garantizadas mediante la contratación de seguros con parte de las cotizaciones. Entonces, en ellas están presentes los rasgos de la contribución parafiscal como son la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial.

Mientras las reservas de estabilización y sus rendimientos se establecieron para garantizar una rentabilidad mínima como resultado de la inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones. Su fuente de recursos es el patrimonio propio de las sociedades AFP, que en situaciones extremas pueden provenir de una orden de capitalización dispuesta por la Superintendencia Financiera, para así recomponer su patrimonio en orden a dar cumplimiento a las normas sobre margen de solvencia y de capital mínimo.

De este modo, no es válido afirmar que ante la ocurrencia de un riesgo financiero que obligue a las sociedades AFP a cubrir el defecto de rentabilidad mínima, se conviertan por sí mismas en recursos parafiscales y de destinación específica. Estas sociedades administradoras cumplen una labor de manejo de las inversiones y por ello reciben comisiones. No desconoce este Tribunal que las reservas de estabilización y sus rendimientos tengan relación con el pago

de pensiones, pero ese solo hecho no puede llevar a reconocerles el carácter de recursos propios de la seguridad social.

8.9. Es pertinente resaltar que el impuesto sobre la renta para la equidad CREE si bien es análogo al impuesto sobre la renta y complementarios porque gravan el ingreso, finalmente están precedidos de diferencias como lo determinó el propio legislador en el Estatuto Tributario, que parten de su naturaleza y finalidades, particularmente en varios de sus elementos, a saber: sujetos pasivos, base gravable, tarifa y destinación específica. Diferencias estructurales que no impiden que algunos de los elementos del CREE puedan ser referenciados al impuesto sobre la renta y complementarios. De ahí que en cuanto a las depuraciones, entre estas, las exclusiones o exenciones de la base gravable del CREE, no deban ser necesariamente iguales al del impuesto sobre la renta y complementarios, dadas las especialidades que reviste cada uno.

8.10. La Corte ha explicado que el Congreso de la República es titular de una amplia potestad de configuración normativa en el diseño de la política tributaria, que le permite fijar los elementos básicos de cada gravamen, siguiendo una evaluación, criterios y orientaciones sobre las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal²⁵².

De los antecedentes legislativos ha podido extraerse que el impuesto sobre la renta para la equidad CREE tiene como hecho generador la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o periodo gravable. Reviste unos fines constitucionalmente valiosos como son el estimular el empleo formal y el mantener la financiación del SENA, del ICBF y del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Al aclarar los ingresos susceptibles de detracción para obtener la utilidad gravable admitió por tales solo los que constituyen minoraciones estructurales, es decir, erogaciones relacionadas con la producción de la renta del contribuyente, y en ningún caso deducciones que han sido concebidas como estímulos o beneficios tributarios. Tratándose de las rentas exentas solo fueron aceptadas algunas, en la finalidad de que el sistema de tributación sea progresivo y respete los principios de equidad y justicia.

Así las cosas, el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la política fiscal, estableció las erogaciones que son posibles destraer de la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE para obtener la utilidad gravable. En el diseño de un régimen tributario general, solidario y progresivo puede desarrollar configuraciones normativas de exclusiones o exenciones parciales al deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

La decisión del legislador de no incluir la reserva de estabilización y sus rendimientos del legislador no puede ser calificada de carente de justificación.

²⁵² Sentencias C-657 de 2015, C-198 de 2012, C-913 de 2011, C-748 de 2009, C-250 de 2003 y C-222 de 1995.

Por el contrario, responde a criterios de racionalidad económica que lejos de mostrarse como irrazonable constituye una opción constitucionalmente válida dentro del margen de configuración en el diseño de la política tributaria del Estado.

El fin perseguido al aprobarse el aparte impugnado es válido a la luz de la Constitución al hacer alcanzables los fines sociales del Estado, así como la efectividad de los principios y derechos, y el cumplimiento de los deberes constitucionales. La creación del impuesto sobre la renta para la equidad CREE se hizo en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo y la inversión social. La destinación específica obedeció esencialmente a beneficiar a la población usuaria más necesitada, y que están a cargo del SENA y del ICBF, así como del Sistema de Seguridad Social en Salud.

La disposición acusada al permitir deducir del cálculo de la base gravable del CREE las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes en el RAIS, así como sus rendimientos, y no hacer lo mismo respecto de la reserva de estabilización y sus rendimientos, no constituye una omisión legislativa relativa violatoria de los artículos 13 y 48 de la Constitución.

8.11. Aplicando la metodología implementada por la Corte para determinar la existencia de una *omisión legislativa relativa*, en este caso por violación de los derechos a la igualdad y a la seguridad social, se observa que no se cumplen los criterios objetivos necesarios para hacer procedente el cargo formulado por la accionante, como pasa a explicarse.

(i) *La existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo.* Efectivamente se advierte que existe una disposición legal de la cual se predica el cargo de inconstitucionalidad como es el artículo 11, parcial, de la Ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012. Esto por el hecho de que el artículo solo reconoce a las reservas matemáticas y sus rendimientos de los seguros de pensiones como elementos a restar (renta exenta) para establecer la base gravable del CREE, sin que hubiere incluido a las reservas de estabilización y sus rendimientos y sus réditos, cuando tienen una naturaleza similar y están afectas a garantizar el pago de pensiones (conexión estrecha).

(ii) *Que la norma omite incluir un ingrediente o condición normativa o consecuencia jurídica que permita concluir que su consagración resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta.* Este presupuesto no se cumple, según se ha explicado. La necesaria inclusión que predica la accionante de las reservas de estabilización y sus rendimientos, como renta exenta que se debería restar para establecer la base gravable del CREE, no resulta fundamental ni forzosa para que concuerde con la Constitución.

La Corte ha podido colegir que las reservas en discusión (matemática y de estabilización, así como sus rendimientos) tienen naturaleza y finalidades diferentes, así como tratamiento tributario distinto. Por tanto, no constituyen instituciones que guarden un vínculo insoslayable al encontrarse debidamente diferenciadas en el ordenamiento jurídico, no siendo factible endilgar una situación de desigualdad negativa injustificada por omisión del legislador.

Al no ser exigible la existencia un tratamiento homogéneo, máxime cuando las exclusiones o exenciones tributarias son cláusulas de interpretación restrictiva, pierde toda fuerza jurídica la presunta conexión estrecha entre la situación objeto de la norma acusada y la excluida de sus consecuencias jurídicas, que pregona la accionante. Entonces, no se observa que se hubiere omitido una condición o ingrediente normativo indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta.

(iii) *Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente.* Este presupuesto tampoco se satisface. Se ha observado que el legislador, en virtud de la potestad de configuración normativa, determinó las erogaciones que son factibles distraer de la base gravable del CREE, lo cual atiende al diseño de un régimen tributario general, solidario y progresivo siguiendo una evaluación, criterios y orientaciones sobre las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal. También se ha expuesto que las depuraciones, entre estas, las exclusiones o exenciones establecidas del CREE, no deben ser necesariamente iguales al del impuesto sobre la renta y complementarios, dadas las especialidades que reviste cada uno.

(iv) *La generación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos.* Este presupuesto tampoco no se cumple, toda vez que como se ha insistido las situaciones involucradas no tienen una conexión estrecha o no resultan similares, por lo que no es exigible predicar un trato igualitario, menos aún desprender una situación de desigualdad negativa injustificada.

(v) *La existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos.* No es posible desprender una omisión que implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.

En suma, los presupuestos requeridos para determinar la existencia de una omisión legislativa relativa no están presentes en esta oportunidad, esencialmente atendiendo que las situaciones involucradas no resultan equiparables, por lo que no era un imperativo ampliar el mismo tratamiento a la situación excluida.

Lo anterior no es óbice para dejar de señalar la importancia que reviste constitucionalmente el que la rentabilidad mínima de las pensiones sea garantizada, en orden a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución.

Menos podrá revertírsele al afiliado los tributos que pudieran generársele a las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

8.12. Atendiendo la petición adicional formulada por la Procuraduría General de la Nación, la Corte debe precisar que en esta ocasión se ha limitado a examinar la constitucionalidad del aparte demandado a la luz del cargo formulado por la accionante, consistente en una omisión legislativa relativa por violación de los derechos a la igualdad y seguridad social (arts. 48 y 53 superiores), que se ha descartado. Por consiguiente, no se pronunciará sobre materias adicionales al resultar ajenas al asunto en discusión.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo examinado, 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General