



1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
JUAN DIEGO GÓMEZ JIMÉNEZ
Senado de la República
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8-68
Ciudad.



Radicado: 2-2021-052762

Bogotá D.C., 8 de octubre de 2021 16:47

Radicado entrada
No. Expediente 45546/2021/OFI

Asunto: Comentarios al texto aprobado en primer debate al Proyecto de Ley No. 099 de 2021 Senado “por el cual se amplía la población objeto del contrato de aprendizaje, se crea el contrato de aprendizaje extendido y se dictan otras disposiciones”.

Respetado Presidente:

De manera atenta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003¹ y en respuesta a la solicitud de emitir concepto de impacto fiscal elevada por el Honorable Senador Wilson Neber Arias Castillo, se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto aprobado en primer debate al Proyecto de Ley del asunto en los siguientes términos:

El proyecto de ley del asunto, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto *“modificar el Contrato de aprendizaje y crear el Contrato de Aprendizaje Extendido con el fin de aumentar el empleo en la población joven”*.

Particularmente, el artículo 2 busca adicionar el artículo 30A de la Ley 789 de 2002² con el fin de implementar el contrato de aprendizaje extendido, como un contrato especial adicional a lo establecido en la ley que adiciona, aplicable a la población joven, sin experiencia laboral previa, que se haya graduado como bachiller, técnico, tecnólogo o profesional en una institución educativa debidamente acreditada o como operario o auxiliar del SENA, para adquirir experiencia laboral y/o profesional por un término mínimo de 6 meses y máximo 12 meses, con un apoyo de sostenimiento mensual mínimo de 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), el cual no constituye salario.

El artículo 3 del Proyecto de Ley propone la adición del artículo 30B a la Ley 789 de 2002 para disponer que el contratante formador práctico afilie al aprendiz extendido al Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL), quien estará a su vez afiliado al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). En cuanto al Sistema General de Pensiones (SGP) estarán afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, para que el tiempo del contrato de aprendizaje extendido sea tenido en consideración para el reconocimiento de la pensión de vejez, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá expedir un bono pensional correspondiente al tiempo de ejecución del contrato y cuya base de cotización no podrá ser inferior a 1 SMLMV.

Finalmente, el artículo 4 que también hace una adición normativa, en este caso del párrafo 3 al artículo 33 de la Ley 789 de 2002, establece que los contratos de aprendizaje extendido no modifican las cuotas de contratos ya determinadas para

¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

² Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

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

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

estudiantes de formación y no se computan para el cumplimiento de las mismas. También dispone que las personas jurídicas o naturales puede implementar mínimo 1 contrato de aprendizaje extendido para jóvenes menores de 28 años por cada 10 trabajadores, el cual solo puede celebrarse una sola vez respecto de cada aprendiz extendido. Las empresas pequeñas y medianas y personas naturales sin registro mercantil podrán implementar 1 contrato de aprendizaje extendido por cada 4 trabajadores vinculados con contrato laboral.

1. Consideraciones de índole constitucional

1.1. Vulneración del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones

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

Propuestas como las contenidas en la iniciativa bajo estudio afectan considerablemente los derechos para acceder a un beneficio pensional y afecta la sostenibilidad del sistema, al permitir que por una actividad laboral, pese a hacer obligatoria la afiliación al Sistema General de Pensiones (SGP), no se efectúen los correspondientes aportes para pensión, pero que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, el periodo laborado si sea considerado como cotizado para la determinación del derecho, a través del reconocimiento de un bono pensional generado por la Nación.

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

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

Una segunda faceta de la sostenibilidad financiera del SGP supone la adecuada correlación entre los recursos y los derechos pensionales en sí mismos. La Corte Constitucional ha conducido por esta vía la correspondencia entre los recursos que ingresan al SGP y los recursos que deben destinarse a la satisfacción del derecho de las personas que han asegurado su contingencia de vejez, para expresar que *“es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales, tal y como ocurre con aquellas que se cubren con cargo a la cuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional establecido en la Ley 797 de 2003”*³.

³ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

En ese orden de ideas, esa correlación estrecha enunciada en precedencia, la cual impide dictar leyes de contenido pensional que no identifiquen en forma explícita cómo se financiarán tales prestaciones o que desconozcan la relación entre el derecho pensional mismo y su fuente de financiación, se erige en núcleo para la sostenibilidad financiera de la prestación. Por ello, propuestas legislativas como la presentada en este Proyecto de Ley que permite la afiliación al Sistema General de Pensiones sin cotizaciones del empleador ni del trabajador, pese a percibirse un apoyo económico equivalente a 1 SMLMV, además de imponer en cabeza de la Nación la expedición de un bono especial por el periodo en que se ejecute el contrato de aprendizaje, vulnera a todas luces el principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, ya que las pensiones se financian con cargo a los aportes de sus afiliados, recursos que tendría que salir de la Nación sin que la iniciativa indique las fuentes de financiación y en todo caso afectando la sostenibilidad financiera del sistema y del presupuesto general de la nación como se demuestra más adelante.

1.2. Vulneración del derecho a la igualdad

Resulta necesario considerar si esta propuesta legislativa contraviene principios constitucionales como el de igualdad. En este sentido, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha entendido que para ponderar si una determinada medida del órgano legislativo vulnera el principio de igualdad cuando opta, por ejemplo, por cambiar la forma de liquidar una pensión para un grupo poblacional determinado, debe aplicarse el test leve de igualdad⁴.

Como se sabe, el test leve en el juicio de igualdad limita su indagación a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, establecer si el medio escogido es el adecuado, es decir si es el idóneo para alcanzar el fin propuesto.

En otras palabras, es necesario constatar que el trato diferente que se propone para los afiliados que beneficia la iniciativa al permitir adquirir el derecho de pensión sin previa cotización de un periodo de la vida laboral: (i) atiende a un fin u objetivo legítimo, (ii) no es una distinción constitucionalmente prohibida, y (iii) la medida es adecuada para la consecución de la finalidad identificada, parámetros apoyados en consistente jurisprudencia constitucional.

Determinado el grado de intensidad del escrutinio a realizar, resulta preciso enfocar el ejercicio de análisis de la siguiente manera: (i) si la medida de trato diferenciado implementada (afiliación al SGP sin pago de aportes) persigue un fin constitucionalmente válido; (ii) si la distinción no es constitucionalmente prohibida y, finalmente, si, (iii) el medio escogido (cambio en la liquidación y determinación de una tasa de reemplazo fija) es el idóneo para materializar el fin constitucionalmente propuesto (el aumento del monto de la pensión anticipada de vejez por deficiencia).

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

En la justificación del Proyecto de Ley⁵ no existe una justificación siquiera razonable que permita entender bajo qué mecanismos resulta viable la afiliación al SGP de los aprendices con contrato extendido pero sin que por los mismos, durante el periodo en el cual dure la contratación, no se efectúe ni un solo aporte para pensión, tampoco las razones que llevan al Legislativo a proponer que por este periodo sea la Nación la que asuma las cotizaciones vía reconocimiento de un bono pensional cuando la persona solicite el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual crea un privilegio injustificado para un grupo poblacional determinado en detrimento de todos los demás afiliados al SGP y de los demás practicantes con un

⁴ Corte Constitucional. Ver entre otras: Sentencias C – 015 de 2014; C – 104 de 2016; C – 520 de 2016; C – 220 de 2017.

⁵ Gaceta del Congreso No. 1156 de 06 de septiembre de 2021. Páginas 4 y siguientes.

contrato de aprendizaje diferente, quienes ni siquiera están obligados a afiliarse para pensión y a los cuales tampoco les cubriría la propuesta legislativa, y si bien lo que se busca es disminuir la tasa de desempleo juvenil exacerbada como consecuencia de la pandemia por la COVID-19, esto tampoco constituye un medio constitucionalmente válido que permita justificar la diferencia en el tratamiento que debe darse a los aprendices.

Respecto a la ponderación sobre la idoneidad de la medida, se estima que la misma tampoco cumple el requisito de idoneidad, toda vez que pretender computar el tiempo de aprendizaje como semanas de cotización válidas y además que se genere un bono pensional a favor del aprendiz que podría ser redimido cuando se reúnan los requisitos para acceder a la pensión de vejez podría ocasionar un costo adicional para la Nación, por el momento incuantificable, que, en todo caso, no se encuentra contemplado en las proyecciones de gasto de mediano plazo y que modificaría implícitamente lo estipulado en los artículos 115 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993⁶, en los cuales se determinan las condiciones para la expedición de bonos pensionales.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando se ignoran aspectos notables al momento de adoptar medidas que busquen imponer cargas o establecer beneficios en escenarios de escasez, se podría estar frente a una falla en la distribución de las cargas⁷. Si bien las acciones afirmativas pueden ser una realización del principio constitucional de igualdad, el reparto de los costos que estas implican debe atender también a criterios de justicia y eficiencia de tal forma que el beneficio de un grupo no se convierta en una carga insostenible para otro. Así pues, la afiliación sin cotización al SGP y la consiguiente generación de un bono pensional asumido por la Nación para financiar el periodo de duración del contrato de aprendizaje extendido, constituye una situación que desconoce principios constitucionales como el de la distribución correcta de las cargas públicas.

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

1.3. Vulneración del artículo 355 de la Constitución Política con el reconocimiento del bono pensional a favor de los aprendices extendidos

La iniciativa legislativa propone el reconocimiento de un bono pensional a cargo de la Nación por el periodo de duración del contrato de aprendizaje extendido que será concedido solamente al momento de reconocerse la pensión de vejez, el cual por tratarse de una ayuda de índole gratuita se convertiría en uno de aquellos auxilios prohibidos expresamente por la Carta Política. Sobre este punto, es preciso tener en cuenta que el artículo 355 de la Constitución Política establece que *“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (...)”*.

Respecto de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C-324 de 2009⁸ señaló que los subsidios deben ser valorados y ponderados bajo un test estricto de constitucionalidad, pues lo que se busca es que los auxilios, incentivos o subsidios propuestos en el ordenamiento no se tornen regresivos y perversos. Para el efecto sostuvo que:

“la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355 de la Carta se activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no

⁶ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁷ Ver entre otras: Sentencias C – 197 de 1993 y Auto 320 de 2013.

⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 324 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

contribuyan al bienestar general y, que, en cambio, si puedan ser usados como instrumentos de manipulación política. Es así como al endurecerse el control constitucional, la prohibición general de que trata la disposición en comento se materializará cuando se registre, al menos, uno de los siguientes eventos:

(..)

(i) se omita dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto; (ii) la ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la C.P. o desarrolla las subvenciones autorizadas directamente por la Constitución Política, omite determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica; (iii) la asignación obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, **no se encuadre en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo;** (iv) **cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales;** (v) **cuando la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos los necesita o menos los merecen;** (vi) **cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales;-y (vii) Cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado".** (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, y puesto en contraste los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas del bono pensional que deberá reconocer la Nación a favor de los aprendices extendidos cuando quieran acceder a la pensión de invalidez con los requisitos esbozados por la Corte Constitucional en el aparte citado, se concluye que no cumpliría con algunos de ellos, como los de *encuadrarse en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo, cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales y cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público.*

Así las cosas, revisado el texto de la exposición de motivos del proyecto de ley en análisis no evidencia de manera clara y precisa por qué resulta necesario para incentivar la contratación de población joven el permitir la afiliación al SGP sin cotización alguna a favor de estos e imponer a la Nación la carga de responder fiscalmente por un periodo laborado que en estricto sentido debería ser cotizado por el contratante o quien se beneficie de los servicios del aprendiz extendido. Tampoco resulta comprensible cómo se crea este beneficio a favor de los nuevos aprendices que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de esta Ley y se excluya a los actuales aprendices a quienes solo se les garantiza su protección por riesgos laborales y salud.

Resulta claro que este bono pensional se torna en un auxilio cuya asignación es inconstitucional al estar fundamentada en criterios de mera liberalidad y no estar contemplada en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) y convertirse en una carga permanente para el Presupuesto General de la Nación.

Por su parte, el costo de este bono pensional podría resultar mayor al beneficio que pretende otorgar, toda vez que beneficiaría a personas que pueden no encontrarse en situación de vulnerabilidad cuando llegue el momento de reclamar la pensión de vejez en detrimento de otras que, siendo vulnerables económicamente, que no se desempeñaron como aprendices extendidos en su juventud y por tanto no tendrán derecho a acceder a este beneficio. Igualmente, debe considerarse que este bono pensional tiene vocación de permanencia, toda vez que deberá reconocerse para toda persona que en algún momento sea contratada como aprendiz extendido, lo que indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales.

Por todo lo anterior, es claro esta carga fiscal que pretende imponerle el Proyecto de Ley a la Nación incurre en la prohibición del inciso primero artículo 355 de la Carta Política, pues cumple no solo con uno, sino al menos tres de los eventos esbozados por la Corte Constitucional para que se configure tal prohibición y, por lo tanto, hace que su creación se torne en inconstitucional.

1.4. Vulneración del principio de solidaridad en el Sistema de Seguridad Social Integral

De acuerdo con el artículo 49 Superior, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En la misma dirección, el artículo 48 ibídem estableció que la seguridad social es un servicio público obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Las disposiciones referidas coinciden en la consagración del Estado como garante de la prestación del servicio de salud, del sistema pensional y en general, la seguridad social, cuya naturaleza es pública y de carácter obligatorio en los términos de la ley. Con base en esta última premisa la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador goza de un amplio campo de acción para regular la seguridad social, incluido el servicio de salud y el reconocimiento de las prestaciones económicas previstas por la ocurrencia de las contingencias de vejez, invalidez y muerte en el SGP. Empero, esta facultad no es absoluta y encuentra sus propios límites en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que determinan el "...el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas..."⁹.

En la sentencia C- 1000 de 2007 la Corte Constitucional hizo referencia al principio de solidaridad en seguridad social, en los siguientes términos:

"Así mismo, en relación con la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias¹⁰; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto¹¹"; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad¹²; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores¹³; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación¹⁴; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional¹⁵; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad

⁹ Sentencia C- 126 de 2000.

¹⁰ Sentencia C- 1187 de 2000.

¹¹ Sentencia C-126 de 2000 reiterada en sentencia C- 1054 de 2004.

¹² Sentencia C-126 de 2000 reiterada en sentencia C- 1054 de 2004.

¹³ Sentencia C- 1054 de 2004.

¹⁴ Sentencia C- 1054 de 2004.

¹⁵ Sentencia C- 1054 de 2004.

*social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás¹⁶; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con **mayores recursos económicos**¹⁷ de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.¹⁸*

De acuerdo con lo anterior, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, y exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan. Para el caso del Sistema General de Seguridad Social en Salud la solidaridad se representa principalmente a través del régimen contributivo de manera que quienes cuentan con capacidad de pago -entre ellos la población pensionada, afiliada al Régimen Contributivo- debe contribuir al financiamiento del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable, afiliada al Régimen Subsidiado.

Así, se puede afirmar que los recursos provenientes de los aportes que realizan los afiliados al régimen contributivo de salud son fundamentales para la real y efectiva garantía de la salud como servicio y derecho, no sólo para sí mismos sino para los afiliados más vulnerables, es decir, aquellos pertenecientes al régimen subsidiado. Esto en una clara manifestación del principio de solidaridad. Por lo tanto, la iniciativa vulnera este principio constitucional al excluir a los beneficiarios de proyecto de ley de la contribución respectiva a pesar de percibir un apoyo económico equivalente a 1 SMLMV, pero a la vez beneficiándose de las prestaciones del régimen subsidiado.

En relación con el SGP, según lo argüido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 259 de 2010, el principio de solidaridad se desarrolla de la siguiente manera:

*“(…)La Corte Constitucional al referirse al principio de la solidaridad ha señalado que en el actual sistema jurídico este postulado, contemplado en la Constitución, no sólo vincula a todos los particulares sino también al mismo Estado, que en su condición de garante de los derechos de los coasociados está comprometido a prestar el apoyo que requieran las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la dignidad humana (...) Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. Adicionalmente, de conformidad con la Constitución y la ley, es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante la participación, dirección y control del sistema, asegurando que los recursos públicos en dicho sistema se destinen de manera preferente a los sectores más vulnerables de la población. La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. **La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población**”.* (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el principio de solidaridad se materializa en el SGP con las cotizaciones obligatorias que efectúan los afiliados, las cuales están destinadas a proteger a toda la población y no solo a un grupo determinado de afiliados y que solo a través de estos aportes se pueden hacer exigibles los diferentes derechos pensionales, la propuesta

¹⁶ Sentencia T-248 de 1997.

¹⁷ Sentencia C- 111 de 2006.

¹⁸ Sentencia C- 111 de 2006.

contemplada en la iniciativa legislativa que permite la afiliación en materia pensional y el acceso a las diferentes prestaciones económicas previstas, pero sin el consecuente pago de los aportes durante la vigencia del contrato de aprendizaje extendido, vulnera la solidaridad que se predica de todos los participantes y beneficiarios del SGP, lo que se torna en una barrera de la mutua ayuda intergeneracional y la debida protección de la población por parte del Estado contradiciendo los cánones superiores del ordenamiento jurídico y en consecuencia es inconstitucional.

2. Consideraciones fiscales y de conveniencia al Proyecto de Ley

2.1. Impacto del proyecto en el mercado laboral de los jóvenes y programas existentes

La propuesta legislativa contempla en el artículo 2 prevé una modalidad de contrato de aprendizaje adicional al existen, actualmente reglamentado de la siguiente forma según lo estipulado en la ley 789 de 2002:

1. *Aprendices SENA*: El contrato de aprendizaje (SENA) tiene dos fases, éstas son fase lectiva y fase práctica¹⁹. El aprendiz recibe por parte de la empresa durante la fase lectiva un apoyo mensual del 50% de 1 SMMLV, y en la fase práctica aumentará a 75% de 1 SMMLV y será afiliado en riesgos profesionales por la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) que cubre la empresa. Adicionalmente, durante la fase lectiva y práctica el aprendiz estará cubierto por el SGSSS conforme al régimen de trabajadores independientes.
2. *Estudiantes universitarios, técnicos y tecnológicos*: Recibe por parte de la empresa un apoyo mensual no inferior a 1 SMLMV y además deberá estar afiliado a riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa y al SGSSS.

Así, a diferencia de un trabajador formal, la vinculación bajo esta modalidad no obliga el pago de pensión, salud, parafiscales, prestaciones estipuladas por ley, y tampoco la liquidación en caso de terminación del contrato. Con el ánimo de corregir el posible efecto en la informalidad dada la no obligación de cotización al Sistema General de Pensiones, el proyecto de ley en cuestión propone que la cotización a pensiones sea asumida por el Gobierno Nacional donde los beneficiados pueden solicitar un bono pensional al Gobierno quien debe reconocer el tiempo cotizado.

Si bien los nuevos empleos que se generarían no se considerarían “informales” bajo el criterio de afiliación al SGP, esta contratación implicaría un detrimento de los derechos de los trabajadores formales ya que la iniciativa no especifica si los nuevos empleos gozarían de aportes parafiscales, y prestaciones sociales tales como las cesantías, prima de servicios, intereses sobre cesantías, así como las vacaciones remuneradas y liquidación al término de su contrato. La Tabla 1 compara los beneficios a los que estarían sometidos los trabajadores bajo la modalidad de contrato de aprendizaje extendido y los trabajadores bajo la modalidad de contrato de trabajo formal si el beneficiario devenga 1 SMLMV.

Tabla 1. Comparación costo por contratar un trabajador bajo la modalidad de contrato de aprendizaje extendido y bajo la modalidad de contrato de trabajo.

Concepto	Contrato de aprendizaje extendido	Contrato de trabajo
Salario mínimo (2021)	\$908.526	\$908.526
Auxilio de transporte	No aplica	\$106.454
Prestaciones		
Cesantías	No aplica	\$84.589
Intereses sobre cesantías	No aplica	\$10.149

¹⁹ En la fase lectiva, el aprendiz recibe su formación a través de cursos, estudios y programas académicos y debe estar afiliado a Seguridad Social (salud), mientras que en la fase productiva (práctica) el aprendiz desempeña un oficio o actividad requerida por la empresa y debe estar afiliado tanto a Seguridad Social (salud) como al Sistema de Riesgos Laborales.

Prima de servicios	No aplica	\$84.581
Vacaciones	No aplica	\$37.858
Seguridad Social		
Pensión*	\$109.023 (asumido por el Gobierno)	\$109.023
Salud**	\$77.224 (asumido por el Gobierno)	\$77.224 (asumido por el Gobierno)
Riesgos laborales (nivel I)	\$4.724	\$4.724
Parafiscales		
Caja de compensación (4%)	No aplica	\$36.341
ICBF (3%)	No aplica	No aplica
SENA (2%)	No aplica	No aplica
Total aportes asumidos por el empleador (% del salario)	0,52%	40,42%

*El aporte a pensión corresponde al 16% sobre el Ingreso Base de Cotización (IBC). Para los trabajadores dependientes el aporte se divide entre 12% por parte del empleador y 4% por parte del empleado.

**El aporte a salud corresponde al 12,5% sobre el Ingreso Base de Cotización (IBC). Para los trabajadores dependientes el aporte se divide entre 8,5% por parte del empleador y 4% por parte del empleado. Cabe resaltar que a partir de lo estipulado en el artículo 114-1 del estatuto tributario los empleadores están exonerados del aporte a salud por los trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV.

Fuente: Elaboración Dirección General de Política Macroeconómica – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se debe resaltar que, a diferencia del contrato de trabajo, en el contrato de aprendizaje extendido los aportes a pensión y salud serían asumidos completamente por el Gobierno Nacional, y, por lo tanto, no representaría un costo adicional al empleador. Así, los costos de contratación disminuirían considerablemente bajo la modalidad de contrato de aprendizaje extendido y a corto plazo, dada la coyuntura, se podrían generar impactos positivos sobre el desempleo, en cuanto representa una oportunidad de contratación a menor costo para los empleadores. Sin embargo, esto iría en detrimento de los derechos de los trabajadores debido a que disminuye los beneficios que gozan los trabajadores formales por ley actualmente.

Además, el Proyecto de ley pasa por alto los recientes esfuerzos del Gobierno nacional por ofrecer mayores oportunidades laborales a la población joven objeto de la iniciativa, incorporados en la Ley 2155 de 2021²⁰, la cual prevé estímulos hasta agosto de 2023 a quienes contraten nuevos trabajadores entre 18 y 28 años. En específico, los empleadores recibirían 25% de 1 SMLMV por cada trabajador nuevo contratado entre 18 y 28 años, promulgando así la contratación formal sin afectar los derechos de los que actualmente gozan los trabajadores formales. Se estima que 500 mil empleos jóvenes sean beneficiados con la medida, lo cual ubicaría el empleo cerca a niveles previos a la pandemia al término del programa, además de contemplar su extensión únicamente para los jóvenes, teniendo en cuenta indicadores como el desempleo juvenil y las restricciones presupuestales que den lugar.

2.2. Aportes a la seguridad social

2.2.1. Derechos en salud del aprendiz extendido

En relación con la propuesta contemplada en el artículo 3, se observa que desnaturaliza la estructura del aseguramiento en salud. Así, este Ministerio considera que se debe mantener la estructura actual, en lo referente a que las personas con capacidad de pago pertenezcan al régimen contributivo y aquellas que no tengan capacidad de pago en el subsidiado, toda

²⁰ Por medio de la cual se expide la Ley de Inversión Social y se dictan otras disposiciones.

vez que éste es el criterio diferenciador predominante entre el régimen contributivo y subsidiado del SGSSS. Así lo confirma lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia de C- 130 de 2002:

*“...Se tiene claro, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sólo existen dos (2) regímenes: a) Contributivo y, b) Subsidiado, basados en un criterio predominante, más no único, como lo es la capacidad de pago. En efecto, en el régimen **contributivo la persona afiliada cuenta con capacidad de pago** y por ello se le exige el pago de una cotización o aporte; en el régimen **subsidiado la persona afiliada carece de esa capacidad de pago**, por pertenecer a la franja de población que por su condición económica y social corresponde a la más pobre y vulnerable del país y, por consiguiente, no está obligada a realizar dichos aportes.*

Distinción que también incide en las distintas fuentes de financiación en uno y otro régimen, pues mientras que el contributivo se alimenta de las cotizaciones obligatorias de los afiliados y los aportes del presupuesto nacional; el subsidiado se sostiene con recursos estatales y la solidaridad de las personas que pertenecen al régimen contributivo quienes deben aportar un porcentaje de sus ingresos con ese propósito, y de los recursos que recibe del Fondo de Solidaridad y Garantía...”. (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la capacidad de pago no solamente es criterio definidor de las características y requisitos particulares de los regímenes del SGSSS, sino que a su turno es criterio diferenciador en la financiación de ambos. La incidencia de la capacidad de pago en el régimen contributivo es crucial, pues el sistema en su conjunto parte de la base de que quienes tienen capacidad de pago hacen aportes y en ese orden hacen parte del régimen contributivo, mientras que quienes no cuentan con ésta deberán acceder al servicio de salud a través del régimen subsidiado. En ese orden, el acceso a este último es posible gracias al principio de solidaridad, toda vez que dicho régimen es financieramente posible en razón a los recursos aportados por el Estado y los afiliados al régimen contributivo.

Así las cosas, siendo la génesis del régimen subsidiado la ausencia de capacidad de pago, criterio utilizado para que la población colombiana se beneficie de éste, es razonable que de marras se hubiera consagrado en los artículos 157 y 212 de la Ley 100 de 1993 que ese régimen se encuentra reservado para la población pobre y vulnerable del país.

Bajo este contexto, los artículos 5 y 6 del Decreto 3047 de 2013²¹, con relación a la movilidad entre regímenes, contempla:

Artículo 5. Movilidad entre regímenes. La movilidad es el derecho de que son titulares los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, focalizados en los niveles I y II del Sisbén, que los faculta para migrar del régimen subsidiado al régimen contributivo y viceversa, con todo su núcleo familiar, sin solución de continuidad, ni necesidad de efectuar un nuevo proceso de afiliación, permaneciendo en la misma EPS y con observancia de las reglas que se definan en el artículo siguiente de este acto.

Cuando un afiliado pasa del régimen subsidiado al contributivo dentro de la misma EPS, esta deberá garantizar la continuidad en la prestación de los servicios del Plan de Beneficios de manera integral desde el primer día.

Artículo 6. Operación para garantizar la movilidad entre regímenes. La garantía del derecho a la movilidad se sujeta a las siguientes reglas:

A) Cuando una persona previamente afiliada al régimen subsidiado adquiera capacidad de pago o se vincule laboralmente o tenga una relación contractual generadora de ingresos que le imponga la obligación de estar en el régimen contributivo, pero desee mantenerse en la misma EPS del régimen subsidiado, podrá hacerlo. En este evento, la persona y su núcleo familiar recibirán todos los beneficios del régimen contributivo, incluidas las prestaciones económicas para el cotizante (...) (Negrilla fuera de texto).

²¹ Por el cual se establecen reglas sobre movilidad entre regímenes para afiliados focalizados en los niveles I y II del Sisbén.

De esta manera, el Decreto 3047 de 2013 posibilita que los afiliados al Régimen Subsidiado junto con su núcleo familiar, en virtud de la figura de la movilidad allí regulada, se trasladen al Régimen Contributivo cuando adquieran capacidad de pago, disponiendo igualmente que cuando dicho afiliado pierda tal capacidad y cumpla las condiciones para pertenecer al Régimen Subsidiado pueda ser nuevamente activado en éste, de suerte que no sería necesario legislar sobre la materia, como quiera que el Decreto abarca a una población general sin necesidad de determinar condiciones particulares según su actividad económica.

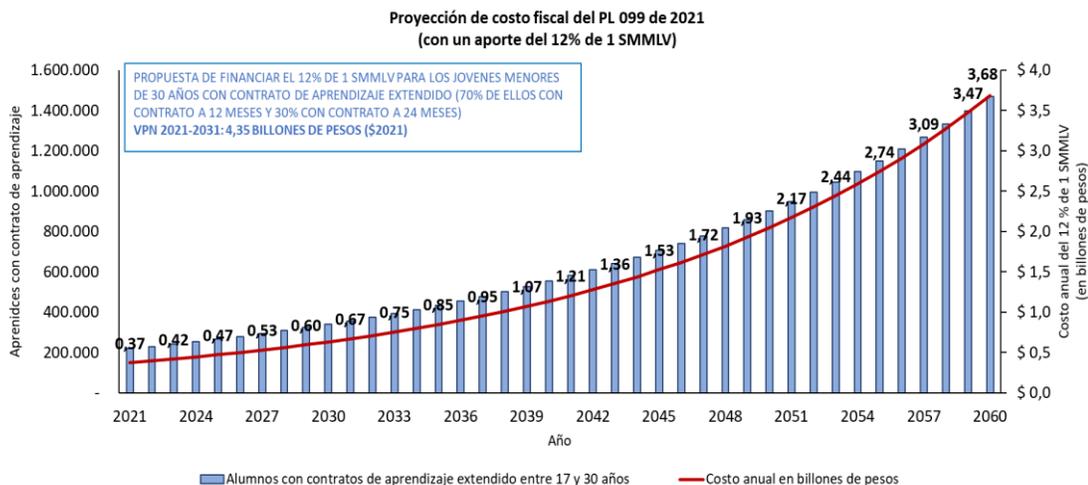
Bajo estas consideraciones, no se considera necesario abrir la posibilidad de incluir a los aprendices extendidos dentro del régimen subsidiado, si no cumplen con los requisitos de ley, sino, más bien, circunscribir su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a la legislación vigente, basada, como se mencionó, en la capacidad de pago.

2.2.2. Reconocimiento bono pensional por afiliación sin cotización al SGP

El proyecto propone que se cree bono pensional que sea pagado en el momento en que el trabajador realice su solicitud de pensión. Si bien en el mediano plazo no se generan presiones sobre las finanzas públicas de la Nación, se debe tener en consideración que al final del periodo de cotización (hombre: 40 años, mujer: 35 años), **se tendrían que emitir bonos pensionales actualizados a una tasa de interés nacional que para efectos de este concepto es 3,5%** (consistente con las tasas de rendimientos de los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad).

Teniendo en cuenta la desagregación que permite realizar la Encuesta de Hogares publicada por el DANE y tomando como base el promedio entre enero y julio de 2021, la medida tomada por el proyecto podría beneficiar a 171.173 hombres y 117.033 mujeres que actualmente cumplen con los requisitos establecidos para hacer parte del contrato. Así, si todos los potenciales beneficiarios estimados fueran contratados bajo esta modalidad, el costo fiscal máximo que debe asumir la Nación para subsidiarlos ascendería a **\$944 mil millones (0,1% del PIB)** traídos a valor presente del año 2021.

Por su parte, el costo generado para el Sistema General de Pensiones, partiendo de un escenario en el que la Nación financia el 12% de la cotización con base en las cifras actuales de contratos de aprendizaje del SENA y la proporción de beneficiarios menores de 30 años, asumiendo que el 70% de ellos tenga un contrato a 1 año y solo el 30% a 2 años, asciende para el 2021 a **\$370 mil millones** hasta llegar a los **\$3.68 billones anuales en el 2060**, de la siguiente manera:



Fuente: Cálculos Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en Informes de Gestión Institucional del SENA e Informes de Formación por edades SENA con corte a 2020

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

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

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

Por lo anterior, se considera inconveniente el Proyecto de Ley por las presiones de gasto que generaría y la desfinanciación que resulta de los beneficios establecidos en la misma, especialmente en materia de salud y pensión, que tendrían que ser asumidos con cargo al Presupuesto General de la Nación, además de ir en detrimento de los derechos que actualmente gozan los trabajadores formales. Adicionalmente, de que omite la existencia de las recientes medidas adoptadas por el Gobierno nacional, aprobadas por el Congreso de la República, que buscan beneficiar a la población objeto del Proyecto de ley bajo estudio. Por último, la iniciativa no cumple con el deber establecido en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003²² de hacer explícito en la exposición de motivos y ponencias la compatibilidad de las propuestas que ordenen gasto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo y la inclusión de la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

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

Atentamente,

JESÚS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Técnico

DGRESS/DGPM/DGPPN/OAJ

UJ-1737/2021

Elaboró: Andrea del Pilar Suárez Pinto

Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco

Con Copia: Dr. Gregorio Eljach Pacheco – Secretario del Senado de la República.

²² Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Firmado digitalmente por: JESUS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Tecnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

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

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co