

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SÁNCHEZ
Presidente Comisión Séptima Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad



Radicado: 2-2020-045493

Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2020 18:24

Radicado entrada
No. Expediente 40454/2020/OFI

Asunto: Consideraciones al texto de publicación del Proyecto de Ley No. 276 de 2020 Cámara “Por medio del cual se crea el Programa Retiro Parcial de Pensiones del RAIS COVID – 19”.

Respetado Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios y consideraciones al texto de publicación del Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1°, tiene por objeto: “*Crear el Programa Retiro Parcial de Pensiones COVID 19, como mecanismo de apoyo financiero para contrarrestar los efectos económicos derivados de la pandemia por el coronavirus*”.

Para dar cumplimiento al objeto propuesto, se plantean unas estrategias que serán analizadas, desde el punto de vista constitucional y fiscal, en los siguientes términos:

1. Análisis de constitucionalidad de la propuesta presentada

1.1. Vulneración del derecho a la seguridad social

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, establece lo siguiente:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter 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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

*La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”
[Negrillas y subrayas fuera de texto]”*

(...)

Inciso y párrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, *respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.*

(...)

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario *cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.”* (Subrayas fuera de texto)

Como se puede observar el proyecto de ley de la referencia, viola directamente lo establecido en el párrafo 5 del artículo 48 de la Constitución Nacional que expresamente indica que **“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”** (la negrilla es nuestra), en ese sentido al pretenderse AUTORIZAR A LOS AFILIADOS NO ACTIVOS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, PARA QUE RETIREN, POR UNA SOLA VEZ, EL MONTO EQUIVALENTE DE HASTA EL 10% DE LAS CUENTAS INDIVIDUALES DE CAPITALIZACIÓN PARA SUS PENSIONES QUE SE ENCUENTREN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES -AFP-, les está dando un uso diferente al de destino original, que es el reconocimiento de una prestación económica en el Régimen de Ahorro Individual, creado por la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, lo anterior atenta contra el derecho a la seguridad social del ciudadano particular, quien en últimas es el destinatario de las prestaciones que reconoce y paga el sistema pensional.

Por otra parte, es de recordar que la Seguridad Social goza de amparo constitucional especial, al igual que sus recursos, de hecho, la Honorable Corte Constitucional ha sostenido en numerosas oportunidades como en la Sentencia T-481-2000, lo siguiente:

“La norma que resulta vulnerada de modo más protuberante en este caso es la del inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, a cuyo tenor “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto, respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento -de aplicación inmediata- a previsiones o restricciones de jerarquía legal.

Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances (...)."

Así las cosas, los recursos de la Seguridad Social no se encuentran en la misma situación jurídica de los demás dineros de los ahorradores e inversionistas particulares de una entidad financiera, pues, en realidad, no pueden ser utilizados con fines distintos para los cuales están destinados, por tanto, no pueden ser embargados, ni incluidos en los bienes de una liquidación.

1.2. Vulneración al carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social

De otra parte, se hace necesario precisar, que los recursos de la Seguridad Social provenientes de las cotizaciones, poseen el carácter parafiscal, por lo consiguiente, ni siquiera las instituciones financieras pueden incluir entre sus balances generales los dineros recaudados por concepto de Seguridad Social y, así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia constitucional en sentencia C – 179 de 1997:

*"Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. **Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.**"*

Consideramos oportuno traer a colación lo señalado por el alto Tribunal Constitucional, mediante sentencia C-895 de 2009, frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, la cual, en algunos de sus apartes, expresó:

"(...) 3.2.- Con el propósito último de asegurar estándares mínimos en la realización de este derecho, el Constituyente previó el destino exclusivo de los fondos de la seguridad social, al señalar de manera expresa que "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella" (art.48 CP).

(...)

"En relación con dicho precepto superior [artículo 48 CP la Corte Constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, **son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)**". (Negrilla y subrayas fuera de texto).

1.3. Vulneración a la premisa constitucional de que el estado debe garantizar los derechos derivados del sistema pensional

Respecto a este ítem, el Proyecto de Ley no solamente se encuentra permitiendo que los afiliados, se puedan apropiar del capital para financiar una pensión superior al 110% de la pensión mínima de vejez, tornándose inconstitucional en razón a que se encuentra en contravía del artículo 48 de la Constitución Política, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, que podría provocar un amplio déficit fiscal causado por la creciente insuficiencia de los recursos que el sistema capta a través de los aportes obligatorios de los afiliados activos.

Dichos recursos, a la hora que el afiliado se pensione, suelen resultar considerablemente inferiores en comparación con el capital que se debe apropiar para garantizar el pago de las mesadas de los pensionados y que en el momento que no pueda auto sostenerse, es decir, "... cuando los aportes de los contribuyentes más los que realiza el Estado no sean suficientes para pagar las pensiones actuales y acumular reservas para el pago de las mesadas futuras y de las pensiones en causación, quedan dependiendo del presupuesto público, absorbiendo una cuantía importante del gasto público social".

A su vez, es preciso señalar que el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, tiene como propósito: (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, (ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, (iii) establecer reglas únicas que permitan hacer mejores previsiones financieras dirigidas a la sostenibilidad del sistema, y, (iv) establecer de manera expresa que el Estado debe garantizar la liquidez del sistema por lo que las leyes pensionales deben guiarse por el principio de sostenibilidad.

Así las cosas, el postulado **-principio de sostenibilidad financiera-** incorporado en la Constitución Política¹, ordena al Estado a garantizar la sostenibilidad financiera de las pensiones y condicionar las nuevas reformas del sistema pensional a que de manera obligatoria se rijan bajo este principio constitucional.

Por lo anterior, el Proyecto de Ley se encuentra en contravía del nuevo contenido del artículo 48 de la Carta ya que vulnera los principios de eficiencia - entendiendo este postulado como la adecuada utilización social y económica de los recursos disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente - y de sostenibilidad financiera del sistema que - conllevan a que el monto de la cotización debe mantener una relación directa y proporcional con el monto de la pensión.

¹ Artículo 48, Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, y como el Estado Colombiano es quien debe garantizar los derechos derivados del sistema pensional, lo que logra el proyecto de ley es que se genere una fuente más de desequilibrio fiscal y financiero de la nación, ligando así la existencia del régimen de ahorro individual a la voluntad política de cada gobierno en favor de las instituciones bancarias y/o financieras que de acuerdo a este proyecto de ley, les permite utilizar como garantía para acceder a créditos del sistema financiero un porcentaje de los aportes de ahorro pensional, desequilibrando la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en la medida en que abre la posibilidad que el Estado, cómo máximo garante del sistema pensional, entre a responder financieramente a cubrir los dineros que el afiliado se lleva, dejando de cumplir los fines esenciales del estado en otros sectores, razones de peso para considerar abiertamente el proyecto de ley como inconstitucional.

2. Comportamiento de los aportes pensionales en la cuenta de ahorro individual – CAI –

Los valores ahorrados en la cuenta de ahorro individual -CAI-, al momento de cumplir los requisitos para obtener una pensión, se componen del ahorro mensual por aportes y los rendimientos obtenidos mes a mes. Los ahorros de los primeros momentos de la vida laboral, dado el comportamiento geométrico de la causación de los intereses constituyen el soporte más importante del total ahorrado al final.

Desahorrar algún valor, especialmente para las personas jóvenes, puede significar una disminución importante de los montos ahorrados al final de la vida laboral de los individuos. El cuadro siguiente muestra el porcentaje de disminución de la CAI al momento de la pensión, tomando en consideración la edad actual del individuo, el número de salarios que se desahorran y la tasa real de rendimientos (en este caso se trata de un hombre, que se pensionaría a la edad de 62 años)

PORCENTAJE DISMINUCION CAI

TASA 4%	# SALARIOS DESAHORRADOS		
EDAD	3	4	5
25	7,3%	9,7%	12,1%
35	5,6%	7,4%	9,3%
45	4,6%	6,1%	7,6%
55	4,1%	5,5%	6,8%

TASA 6%	# SALARIOS DESAHORRADOS		
EDAD	3	4	5
25	8,4%	11,2%	14,1%
35	6,0%	8,0%	10,0%
45	4,7%	6,3%	7,9%
55	4,2%	5,5%	6,9%

Como puede observarse, en términos relativos, la CAI se ve afectada significativamente y por tanto la tasa de reemplazo que repercute en el monto de la pensión. A manera de ejemplo, un hombre de 25 años, que retira 5 salarios de los que devenga actualmente, puede ver disminuida su CAI al final en cerca de 12,1%, y por tanto su mesada pensional caería en ese mismo porcentaje; lo anterior estimando una tasa real del 4%, sin consideración de bono pensional, sin utilización del fondo de garantía de pensión mínima y asumiendo la suficiencia del ahorro.

Más allá de los valores relativos, podemos estimar los valores absolutos en el siguiente cuadro:

Disminución CAI al final, en pesos \$ por cada \$1, desahorrado hoy		
EDAD	TASA 4%	TASA 6%
25	\$ 11,9	\$ 23,4
35	\$ 6,0	\$ 9,9
45	\$ 3,1	\$ 4,2
55	\$ 1,6	\$ 1,8

Por ejemplo, un hombre de 25 años que desahorra \$1'000.000, al final de su vida laboral puede ver su CAI disminuida en cerca de \$11'900.000; lo anterior estimando una tasa real del 4%.

Por las razones antes expuestas, consideramos inconstitucional el Proyecto de Ley en estudio y, en consecuencia, de manera respetuosa solicitamos considerar la posibilidad de su archivo.

Por todo lo expuesto en precedencia, es que se considera que la presenta iniciativa legislativa i) se torna en inconstitucional, por cuanto vulnera los principios de seguridad social, el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y la premisa constitucional de que el estado debe garantizar los derechos derivados del sistema pensional y, ii) desahorrar algún valor, especialmente para las personas jóvenes, puede significar una disminución importante de los montos ahorrados al final de la vida laboral de los individuos, razones suficientes para que esta Cartera Ministerial se abstenga de emitir concepto favorable y solicite estudiar la posibilidad de su archivo, manifestando, en todo caso, la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordial saludo,

JUAN PABLO ZÁRATE PERDOMO

Viceministro Técnico

DGRESS/OAJ

UJ-2105/20

Proyectó: Andrea del Pilar Suárez Pinto

Con copia a:

Dr. Orlando Anibal Guerra de la Rosa – Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

Viceministro Técnico

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