

1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Honorable Congresista
NÉSTOR LEONARDO RICO RICO
Comisión Tercera Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad



Radicado: 2-2021-016111

Bogotá D.C., 5 de abril de 2021 17:05

Radicado entrada
No. Expediente 7921/2021/OFI

Asunto: Consideraciones al texto propuesto para primer debate al Proyecto de Ley No. 203 de 2020 Cámara “Por medio de la cual la Nación asume el pago del pasivo pensional a cargo del Fondo Nacional del Café”.

Respetado Presidente:

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

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, “*pretende que la Nación asuma directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes, pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A Liquidada, esto con el fin de asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero*”¹.

Para el efecto, establece que este Ministerio reglamentará la forma en que será asumido el pasivo pensional y prestacional dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el proyecto se haga ley. Además, consagra que los recursos disponibles se destinarán únicamente a programas de mejora de la productividad del sector cafetero.

Expuesta la iniciativa, este Ministerio considera importante analizar las repercusiones constitucionales y de conveniencia que tendría lo propuesto, así:

1. Consideraciones generales

¹ Gaceta del Congreso 1195 de 28 de octubre de 2020. Página 18. Objeto del Proyecto.

Al respecto, sea lo primero analizar la finalidad perseguida con la autorización que se le concede a la Nación para asumir el pasivo pensional y prestacional de esta empresa liquidada. El texto del articulado afirma que la autorización que se otorga a la Nación para asumir la deuda pensional descrita tiene como foco el sector cafetero para el que se quiere “asegurar” el “ingreso” y su “productividad”, afectado como consecuencia de la carga que pesa al tener a su cargo el pasivo pensional descrito.

El proyecto de ley justifica su propuesta en las siguientes afirmaciones²: En primer lugar, con la asunción del pasivo pensional, se busca “asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes”.³

En segundo lugar, “la caficultura colombiana sigue siendo un sector de especial relevancia para la estabilidad económica y social del país y se perfila fundamentalmente como un eje articulador del desarrollo rural en un posible entorno de posconflicto”⁴.

En tercer lugar, se aduce que en los últimos años el sector cafetero “no solo ha tenido que enfrentarse ante una constante crisis de rentabilidad, sino que, además, ahora, se suma un problema de producción y exportación de café el cual complejiza las utilidades del sector”⁵. Para apoyar esta tesis informa que para el tercer mes del año 2020 las cifras de la Federación⁶ reportan que las “exportaciones de café de Colombia cayeron 21%, a 903 mil sacos de 60 kg desde los 1,1 millones de sacos exportados en el mismo mes de 2019”, que la producción de “café arábigo suave lavado, fue de 806 mil sacos de 60 kg, 12% menos frente a los 914 mil sacos producidos en marzo de 2019. Además, en lo que va del año, la producción llegó a casi 2,9 millones de sacos, 14% menos frente a los 3,3 millones de sacos del primer trimestre de 2019”⁷.

Finalmente, con la asunción del pasivo pensional y prestacional por parte de la Nación se alcanzaría “mayor liquidez que le permita a las 540.000 familias cafeteras recibir lo que merecen, mejorar su productividad, y, por lo mismo, su bienestar (...) en términos de sostenibilidad económica, productividad de los cafetales, capacidad de ejecución técnica e incluso con la disponibilidad de montos para el co-financiamiento de proyectos y mecanismos de cobertura sobre el precio. Los recursos podrían dirigirse hacia el fortalecimiento del extensionismo rural, los Comités Departamentales de Cafeteros, el programa de renovación de cafetales, el Fondo de Estabilización de Precios del Café (FEPC), entre otros”.

2. Consideraciones de índole constitucional

² Gaceta del Congreso 688 de 12 de agosto de 2020. Páginas 10 y siguientes. Exposición de motivos.

³ Podrían llegar a renovar 200 millones de árboles de café, que corresponderían a 38.000 hectáreas aproximadamente y allí podrían beneficiarse más de 70 mil productores” y “mejorar la productividad y rentabilidad de los caficultores de Colombia”.

⁴ Gaceta del Congreso 688 de 12 de agosto de 2020. Exposición de motivos. Página 10. Texto tomado de forma literal a su vez de: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Ensayos sobre economía cafetera. (2014). ISSN 2248-8731. Disponible en: https://federaciondecarteros.org/app/uploads/2019/12/Econom%C3%ADa-Cafetera-No.-30_Web.pdf

⁵ Gaceta del Congreso 688 de 12 de agosto de 2020. Exposición de motivos. Página 10.

⁶ Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Producción de café de Colombia cae 12% en marzo. (03 de abril de 2020). Disponible en: <https://federaciondecarteros.org/wp/listado-noticias/produccion-de-cafe-de-colombia-cae-12-en-marzo/>

⁷ Gaceta del Congreso 688 de 12 de agosto de 2020. Exposición de motivos. Página 10. Texto tomado de forma literal a su vez de: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Ensayos sobre economía cafetera. (2014). ISSN 2248-8731. Disponible en: https://federaciondecarteros.org/app/uploads/2019/12/Econom%C3%ADa-Cafetera-No.-30_Web.pdf

2.1. Vulneración del artículo 13 de la Constitución Política con la asunción del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada

Resulta necesario considerar si la asunción de un pasivo pensional como el de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada contraría 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 lacera el principio de igualdad cuando opta, por ejemplo, por asumir la deuda (en el presente caso de contenido pensional) de un sujeto específico y cualificado como el Fondo Nacional del Café en beneficio de un sector específico unitario, debe aplicarse el test leve de igualdad⁸.

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, de asumir el pasivo pensional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada: (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 (asunción del pasivo pensional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada) persigue un fin constitucionalmente válido (asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero); (ii) si la distinción no es constitucionalmente prohibida y, finalmente, si, (iii) el medio escogido (asunción del pasivo pensional de la empresa liquidada) es el idóneo para materializar el fin constitucionalmente propuesto (asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero).

En relación con la finalidad que persigue la norma sometida al test, esto es, asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero, 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 Ley abundan consideraciones que no logran justificar satisfactoriamente la propuesta de asunción del pasivo pensional y prestacional por parte de la Nación a la luz de la Constitución Política, al no superar la simple afirmación de situaciones como, por ejemplo, cuando se señala “que siendo la caficultura colombiana “un sector de especial relevancia para la estabilidad económica y social del país””, las “540.000 familias cafeteras” reciban “lo que merecen”.

No se trata de desdeñar un sector sobre el cual la historia económica del país le reconoce su papel de motor del desarrollo de sector. Al respecto, como antecedentes legislativos de la asunción del pasivo pensional de empresas que se dedicaban a la prestación de servicios públicos domiciliarios, el Congreso de la República constató que aliviar el pasivo pensional que comprometía el servicio público, se enmarcaba dentro del postulado del artículo 365 superior, y por consiguiente, la medida de trato diferenciado propio de la asunción de este específico pasivo pensional tenía la vocación de asegurar una prestación eficiente del servicio público, como finalidad social del Estado, conforme a lo

⁸ Corte Constitucional. Ver entre otras: Sentencias C – 015 de 2014; C – 104 de 2016; C – 520 de 2016; C – 220 de 2017.

consagrado en el inciso primero del citado artículo 365 constitucional, prestación del servicio que por lo demás no puede resultar interrumpida en razón a problemas de índole financiero y operativo que tenga la empresa prestadora, de donde seguiría que la medida específica perseguía un fin constitucionalmente válido.

No es el caso de la asunción de este pasivo pensional y como se verá más adelante, el objetivo de mejorar las condiciones económicas de quienes conforman el sector cafetero **no es un objetivo explícitamente perseguido por la Constitución de 1991**, por lo cual serán otras las vías por las que debe propenderse por el objetivo trazado respecto de este particular sector económico.

Se concluye entonces de este apartado que la constitucionalidad de la medida de asumir los pasivos pensionales del Fondo Nacional de Café, dispuesta en el artículo 1 del Proyecto de Ley, no constituye un medio constitucionalmente válido.

Respecto a la ponderación sobre la idoneidad de la medida de asunción del pasivo pensional objeto de análisis, se estima que la misma tampoco cumple el requisito de idoneidad, toda vez que los recursos destinados por la Nación al cumplimiento de lo establecido en el artículo 1 del Proyecto de Ley, no tienen una repercusión que pueda verse nítida al fin que se persigue, sino que tendrán como único efecto la subrogación en el pago de obligaciones del Fondo, sin que tal circunstancia garantice que ello per-se redunde en beneficio de las familias del sector a que alude el Proyecto de Ley.

Así las cosas, se abre paso la conclusión por la cual, 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 que implicaría ser declarada contraria a la Constitución.

2.2. Vulneración del artículo 48 de la Constitución Política con la asunción del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada

Un primer aspecto que conviene ser abordado tiene que ver con la sostenibilidad financiera que se predica para las pensiones en general. Sobre el particular, el artículo 48 de la Constitución Política consagra los contenidos que delimitan el derecho a la seguridad social, y en particularmente los relacionados con las pensiones contributivas.

Dentro de ellos establece que el Estado garantizará la sostenibilidad financiera que reclama el sistema de pensiones, al tiempo que dispone que las leyes pensionales deberán asegurar dicha sostenibilidad. Respecto a esta garantía, 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 Sistema General de Pensiones (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”⁹.

Esa correlación estrecha que 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 trasladan el pasivo pensional de un privado hacia la Nación sin asegurar la fuente para financiar tal carga pensional vulneran el principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, lo cual resulta contrario a la Constitución.

En efecto, cuando el Congreso de la República ha autorizado a la Nación la asunción directa o indirecta de pasivos pensionales de sujetos privados, lo ha hecho manteniendo en firme la garantía de sostenibilidad financiera, garantía que por cierto se erige en un instrumento que pone a salvo de los titulares de estos derechos prestacionales de cualquier vicisitud que hacia el futuro impida la liquidez que se requiere para pagar mensualmente en forma vitalicia la nómina de pensionados.

El caso más reciente en este sentido se encuentra contemplado en el artículo 315 de la Ley 1955 de 2019¹⁰, en el que el Congreso concede autorización a la Nación para asumir el pago del pasivo pensional del prestador del servicio público de suministro de energía eléctrica, lo cual se hizo en el marco de la vinculación de terceros a la operación de la empresa que, bajo la forma de una subasta de los activos de la empresa, demarcaba la sostenibilidad financiera de la asunción del pasivo pensional con el ingreso del recurso producto de la subasta.

A diferencia de esa ley, la iniciativa en estudio deja exclusivamente a cargo de la Nación la asunción de los recursos que, según la estimación actuarial señalada en la exposición de motivos¹¹, se requieren para el pago del pasivo pensional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada, cálculos severamente subvalorados, como se expondrá más adelante.

Adicionalmente, esta iniciativa legislativa no señala una fuente adicional o alterna que le permita a la Nación asumir el pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada sin crear un vacío fiscal tanto en el Presupuesto General de la Nación como en el Marco Fiscal de Gasto del Sector, lo cual contraviene el artículo 48 de la Constitución Política y torna este Proyecto de Ley en inconstitucional.

2.3. Vulneración de los artículos 151, 346 y 352 de la Constitución Política con la con la asunción del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada

Por otra parte, no puede perderse de vista que, de acuerdo con el principio de legalidad del gasto, en el presupuesto sólo pueden incluirse los gastos que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, los que hayan sido decretados por Ley, los que estén destinados a atender el funcionamiento del órgano correspondiente, los destinados al servicio

⁹ 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.

¹⁰ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

¹¹ Gaceta del Congreso 688 de 12 de agosto de 2020. Página 10. Numeral 2 sobre la Justificación.

de la deuda o los previstos para cumplir el Plan Nacional de Desarrollo¹². Dicho esto, el pago de mesadas pensionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante o del Fondo Nacional del Café no corresponde a ninguno de los rubros previstos por la ley orgánica del presupuesto.

En este sentido, es importante recordar que cualquier autorización de gasto que se pretenda realizar con esta iniciativa, debe estar sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos que puedan ser apropiados para tal fin en el Presupuesto General de la Nación, toda vez que de conformidad con los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, toda apropiación se regirá por los cánones demarcados por la Ley Orgánica de Presupuesto, la cual regula lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 652 de 2015:

(...)

5.17. Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, **“las normas orgánicas, entre las cuales se incluyen las de presupuesto, tienen una categoría superior que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, al punto de que el control de constitucionalidad que lleva a cabo esta Corporación deba implicar que se confronte la disposición acusada no solamente con el texto constitucional, sino también con la respectiva norma orgánica [la cual] viene a constituirse en límite, directriz y referencia obligada de la ley ordinaria”.**

5.18. En la misma dirección, este Tribunal ha sostenido que, dado su especial rango y jerarquía, **“las leyes orgánicas son parámetros del análisis de constitucionalidad en sentido lato, en tanto y en cuanto se trata de normas de naturaleza supra legal que implican un límite a la actuación de las autoridades y al margen de configuración del Congreso.”**

5.19. A este respecto, en la Sentencia C-600A de 1995, recientemente reiterada en la Sentencia C-052 de 2015, la Corte se refirió a las circunstancias que dan lugar a la **violación de la reserva de ley orgánica**, señalando que la misma **se estructura cuando “el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas**, pues la Carta distingue entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, y atribuye a cada una de ellas la regulación de materias diversas”. En el mismo fallo, se precisó que **dicha violación conlleva un vicio de competencia del Congreso, en el sentido que este órgano no se encuentra facultado para tramitar y aprobar “por medio del procedimiento y la forma de la ley ordinaria ciertas materias que la Constitución ha reservado al trámite y a la forma más exigentes de la ley orgánica”.** (...)” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, en materia de planeación presupuestal, el atar los recursos del Presupuesto General de la Nación como lo pretende esta iniciativa legislativa genera una inflexibilidad en la asignación y ejecución de recursos del Estado, puesto que las inflexibilidades presupuestarias no contribuyen a generar capacidad de adaptación del presupuesto anual a las distintas coyunturas ni al marco vigente de la Regla Fiscal, y no permiten la redefinición de las prioridades y la relocalización de recursos.

En definitiva, genera efectos negativos en el sistema de asignaciones presupuestales colombiano que en leyes ordinarias se incluyan disposiciones cuyo contenido es propio de las leyes orgánicas de presupuesto, pues el propósito de esa ley es regir a las entidades estatales en la programación, aprobación, modificación y ejecución de sus presupuestos. Incluir previsiones normativas como la propuesta en la iniciativa conlleva inflexibilidades en el marco global de asignación del presupuesto nacional.

En virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional y en aplicación de los mandatos consagrados en los artículos 151, 346 y 352 de la Constitución Política, se vulnera la reserva de la ley orgánica, cuando el legislativo, a través de una ley ordinaria regula cualquier materia que solo podría ser regulada y estructurada a través de una ley orgánica, como acontece con la creación de gastos que demanden recursos del Presupuesto General de la Nación.

¹² Constitución Política. Artículo 346. Estatuto Orgánico del Presupuesto. Artículo 38.

2.4. Vulneración del artículo 355 de la Constitución Política con la asunción del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada

La asunción del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada por parte de la Nación comporta la concesión de un auxilio o donación por parte de la Nación prohibido 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 2009¹³ 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 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 omite 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 puestos en contraste los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de la asunción de la Nación del pasivo pensional y prestacional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada con los requisitos esbozados por la Corte Constitucional en el aparte citado, se concluye que no cumpliría con algunos de ellos, como el *de encuadrarse en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo*. La Corte Constitucional¹⁴ señala que el requisito según el cual el Gobierno nacional asignará recursos o bienes públicos en armonía con lo fijado y dispuestos en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) obedece al artículo 339 de la Constitución Política, el cual establece que en dicho Plan se consignan *“los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno”*.

¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 324 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

¹⁴ Ibidem.

Así las cosas, revisado el texto de la exposición de motivos del proyecto de ley en análisis no evidencia de manera clara y precisa cuál es la relación de la asunción de las obligaciones pensionales y prestacionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada con el PND, más que señalar que esta asunción aseguraría el ingreso y la productividad del sector cafetero.

Por lo anterior, es evidente que la asunción de las obligaciones pensionales y prestacionales por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada 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).

Por su parte, el costo de estas obligaciones pensionales y prestacionales podría resultar mayor para la Nación que el beneficio que pretende otorgar, esto, teniendo en cuenta que la suma de **\$639,5 mil millones establecidos en la exposición de motivos** no incluye i) el pasivo correspondiente a cuotas partes pensionales, ii) las indemnizaciones sustitutivas o cualquier otro elemento constitutivo de este tipo de pasivos, y, iii) el pasivo contingente expresado en reclamaciones en sede administrativas o judiciales, como se explicará más adelante. Igualmente, la asunción de estas obligaciones insolutas tiene vocación de permanencia y no solucionaría la situación del sector cafetero que requeriría otras y más profundas medidas estructurales.

Asimismo, tampoco se considera posible que una ley le imponga a la Nación responder por las pensiones de dicha Compañía en la medida en que esta persona jurídica no tiene el carácter de entidad descentralizada y, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la misma es de derecho privado y, por lo tanto, no puede ser beneficiaria de erogaciones directas con cargo al erario público. La beneficiaria de la iniciativa es una entidad privada que nunca ha sido calificada de entidad pública ni forma parte de la estructura de la administración pública.

Por todo lo anterior, es claro que lo propuesto en el Proyecto de Ley incurre en la prohibición del inciso primero del 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.

3. Análisis del precedente judicial que exime a la Nación de la asunción de los pasivos pensionales y prestacionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada

En relación con el pasivo pensional de la citada Compañía, pesa sentencia judicial dictada por el máximo órgano de la justicia constitucional. En efecto, mediante la sentencia SU - 1023 de 2001, la Corte Constitucional ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros - Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio y en la medida en que el Liquidador de la Compañía no cuente con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago de mesadas pensionales, poner “a disposición del Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que éste proceda a la liquidación y pago de las mesadas adeudadas”.

Y fue más allá cuando sentenció que si bien la predicha orden tiene un carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones

de la Compañía en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995¹⁵, es la justicia ordinaria a quien corresponde resolver de fondo tal punto.

Dicho esto, no resulta conveniente ni constitucional que una ley disponga resolver contrario a las decisiones adoptadas por los jueces y menos las adoptadas por los altos tribunales, como es del caso las provenientes de la Corte Constitucional, que sobre el particular ha decidido que la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, disponga de manera transitoria la liquidez para que cumpla con la obligación del pago de mesadas pensionales, decisión que se convierte en precedente para que la justicia ordinaria resuelva en casos análogos y conforme a la responsabilidad subsidiaria que cabe a la Federación Nacional de Cafeteros.

Aunado a lo anterior, también resulta importante mencionar que dentro del proceso judicial instaurado por el ciudadano Alfonso Bejarano Hinestroza y otros contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Fondo Nacional del Café y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida en primera instancia el 23 de septiembre de 2016¹⁶, resolvió, entre otros aspectos, los siguientes:

“TERCERO.- DECLARAR que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DE CAFÉ es **responsable subsidiaria** de las obligaciones pensionales y laborales a cargo de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. que hayan sido reconocidas o que se lleguen a reconocer en favor de los ex trabajadores de la sociedad antes mencionada, así como de los aportes a salud de los pensionados a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., teniendo en cuenta el régimen que los cobije, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

(...)

QUINTO.- ABSOLVER a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de responsabilidad frente a las obligaciones laboral y pensionales a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. En consecuencia, se declaran probadas las excepciones de Inexistencia de obligación alguna a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, Falta de Legitimación por Pasiva, y no probada la excepción de Prescripción, propuestas por esta accionada”.

Para tomar esta decisión, el Juez de Primera Instancia consideró que en virtud de lo contemplado en el párrafo del artículo 32¹⁷ del Decreto 254 de 2000¹⁸ y el párrafo 6¹⁹ del artículo 1 de la Ley 573 de 2000²⁰ para derivar algún tipo de responsabilidad subsidiaria a cargo del Estado en el pago de los pasivos de una entidad liquidada, se necesita que ésta haya tenido la naturaleza jurídica de entidad pública del orden nacional, con capital eminentemente público, presupuesto que no acreditó la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada, pues se trataba de una sociedad anónima de derecho privado, cuyo capital accionario no fue totalmente público y su actividad y objeto social

¹⁵ Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Proceso judicial No. 11001310500520020004600.

¹⁷ ARTICULO 32. Pago de obligaciones.

(...)

PARÁGRAFO.

(...)

En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societario sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.

¹⁸ Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

¹⁹ Artículo 1o. Facultades extraordinarias.

(...)

Parágrafo 6o. En las liquidaciones de entidades públicas, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de estas entidades, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, las cuales no causarán impuesto de timbre si se hace entre entidades públicas.

²⁰ Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

tampoco eran estatales, puesto que no era una entidad u organismo estatal, coincidiendo con la consideración efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 1023 de 2001, antes analizada.

Por su parte, el Órgano Colegiado de segunda instancia²¹ en sentencia proferida el 08 de junio de 2017, confirmó la sentencia proferida por el Juzgado de Primera Instancia, salvo lo relacionado con una expresión contenida en el ordinal cuarto de la sentencia, frente al cual ordenó su exclusión, para lo cual tomó en consideración los argumentos esgrimidos por el juez de primera instancia y los complementó con lo conceptuado en su momento por la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU – 1023 de 2001.

De esta manera, tanto la Corte Constitucional como la Jurisdicción Ordinaria han sido enfáticas en establecer que la asunción de las obligaciones pensionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada no le compete a la Nación, al tratarse de una asociación que siempre estuvo regida por el derecho privado y nunca ostentó la condición de entidad pública, y por lo tanto, la única entidad llamada a asumir las obligaciones contempladas en el Proyecto de Ley es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional de Café.

4. Consideraciones fiscales al Proyecto de Ley

El artículo 1 del Proyecto de Ley señala que *“Con el fin de asegurar el ingreso y productividad del sector cafetero, autorícese a la Nación a asumir directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional correspondiente a la totalidad de las pensiones ciertas y contingentes, pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada.”*

Así mismo, en un párrafo único precisa que *“El Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentará la forma en la cual será asumido el pasivo pensional y prestacional en un término máximo de seis (6) meses posteriores a la expedición de la ley”.*

La regla de asunción puede simplificarse de la siguiente forma: Por un lado, el contenido normativo de la caracterización del pasivo a asumir por la Nación. Se trata del universo de las pensiones pagaderas a los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Son todas las pensiones que están a cargo de la citada Compañía y las que pudieren estarlo hacia el futuro.

El segundo eje de la disposición contiene la finalidad perseguida con tal asunción y que el artículo en cuestión precisa en la de asegurar el “ingreso” y la “productividad” del sector cafetero. Reescrita la regla de asunción se diría que con la asunción por la Nación de las pensiones a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada (ciertas y contingentes), el Proyecto de Ley considera que con ello el “sector cafetero” asegura su ingreso y asegura su productividad.

Con base en lo anterior, se parte del pasivo pensional cuya asunción se persigue trasladar a la Nación. Afirma el texto del Proyecto de Ley que, con fundamento en estimaciones de la Federación Nacional de Cafeteros, bajo la metodología de cálculo actuarial, el pasivo pensional de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada, con corte a 31 de diciembre del año 2019 y bajo supuestos que asumen un incremento pensional anual correspondiente al del

²¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Tercera de Decisión Laboral, M.P. Luis Carlos González Velásquez.

Marco Fiscal de Mediano Plazo y que para el pasivo pensional de Ecuador no asumió incremento pensional anual, teniendo en cuenta que el pago de la mesada en dólares permanece constante en el tiempo y que la tasa de cambio para mesadas de Ecuador se consideran a razón de **USD\$1 = COP\$3.129**, la obligación pensional a transferir a la Nación corresponde a:

Grupo No.	Descripción del Grupo	Corte: 31/12/2019	
		Número de personas	Pasivo pensional a cargo de la empresa
1	Personal Jubilado Totalmente por la Empresa	310	\$ 372.292.603.513
2	Personal Jubilado con pensión Compartida	34	\$ 21.500.203.638
4	Personal Beneficiario Vitalicio a Cargo de la Empresa	273	\$ 198.212.533.052
5	Personal Beneficiario Vitalicio compartido con el ISS	37	\$ 19.528.168.945
12	Personal Despedido sin Justa Causa a Cargo de la Empresa	14	\$ 13.700.313.587
14	Personal Beneficiarios con Rentas Temporales a Cargo de la Empresa	17	\$ 1.169.398.202
16	Personal Jubilado Ecuador	37	\$ 1.198.974.092
Subtotal Reserva		722	\$ 627.602.195.031
TITULOS		2	\$ 297.885.000
BONOS TIPO B PARA PERSONAL RETIRADO		57	\$ 11.621.392.000
Subtotal Títulos y bonos		59	\$ 11.919.277.000
Total Reserva, Títulos y Bonos		781	\$ 639.521.472.031

Fuente: Federación Nacional de Cafeteros - 2020

De la anterior información se evidencia que se trata de un pasivo que a pesos de 2019 para 781 personas asciende a **\$639 mil millones**, de los cuales 722 casos corresponden a reservas de pensiones por valor de **\$627 mil millones** y 59 casos de títulos pensionales y bonos pensionales por valor de **\$12 mil millones**. Sin embargo, no hace mención alguna del pasivo correspondiente a cuotas partes pensionales como tampoco de la situación de otros elementos constitutivos de este tipo de pasivos como el que emerge por indemnizaciones sustitutivas.

Tampoco se aprecia estimación alguna que arroje datos acerca del pasivo contingente expresado en reclamaciones en sede administrativa o aquellas que se ventilan a través de los jueces de la República, con lo cual, la información daría para concluir que el pasivo es muy superior a los **\$639,5 mil millones** que refleja la tabla.

5. Conclusiones

Vista así la cuestión, un proyecto de ley como el que es objeto de análisis dista de las decisiones judiciales adoptadas sobre la materia sobre la fuente de financiación para estas pensiones, con lo cual la Ley no puede tener un uso instrumental de cara a invalidar o dejar sin efecto decisiones que después de casi 20 años no han sido cuestionadas en la instancia judicial descrita por quienes pudieren resultar afectados.

Aunado a lo anterior, los costos que implicarían el cumplimiento de la iniciativa no se encuentran contemplados en las proyecciones de gasto de mediano plazo. Además, el panorama agudizado en razón del deterioro de los términos de intercambio de la economía colombiana, y el doble efecto presentado por el Covid-19 que ha implicado menor ingreso por la caída el recaudo tributario dada i) la menor actividad y ii) las medidas transitorias de alivio y la necesidad de reorientar recursos del gasto para afrontar la contención la emergencia, entre otros, conduce a un nuevo escenario

fiscal en el que se hace necesario un eficiente uso de los recursos públicos dada la restricción fiscal que se enfrenta en estricto cumplimiento de los principios de austeridad, complementariedad y transparencia fiscales.

Así mismo, se reitera que la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica hacen parte fundamental de la estrategia financiera de la Nación y de desarrollo social del país, y constituyen un bien público que debe preservarse por parte de todos los niveles de decisión de las diferentes ramas del poder público y órganos autónomos e independientes, no sólo del Ejecutivo.

Por todo lo expuesto en precedencia, esta Cartera Ministerial se abstiene de emitir concepto favorable y solicita su archivo, toda vez que la presente iniciativa legislativa i) se torna en inconstitucional por vulnerar los artículos 13, 48, 151, 346, 352 y 355 de la Constitución Política, ii) los costos que representa su cumplimiento no se encuentran contemplados en las proyecciones de gasto de mediano plazo y, iii) el gasto generado no se compadece con la crisis que actualmente está afrontando el país en virtud a la pandemia del COVID-19, y con el esfuerzo económico que se requiere para reactivar los sectores de la economía afectados.

En todo caso, se manifiesta 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/NP

UJ-2660/20

Proyectó: Andrea del Pilar Suárez Pinto

Revisión: Germán Andrés Rubio Castiblanco

Aprobó: Natalia Guevara

Dra. Elizabeth Martínez Barrera– Secretaria de la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

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