

1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista

**JAIRO HUMBERTO CRISTO CORREA**

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Carrera 7 No. 8-68

Ciudad.



Radicado: 2-2021-052761

Bogotá D.C., 8 de octubre de 2021 16:46

Radicado entrada  
No. Expediente 45533/2021/OFI

**Asunto:** Comentarios al Proyecto de Ley No. 271 de 2021 Cámara “Por medio de la cual se reorientan recursos del orden nacional del Fonpet para disminuir la brecha pensional en Colombia”.

Respetado Presidente:

De manera atenta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003<sup>1</sup> y en respuesta a la solicitud de emitir concepto de impacto fiscal elevada por el secretario de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Dr. Orlando Aníbal Guerra de la Rosa, se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de Ley del asunto en los siguientes términos:

El proyecto de ley, de iniciativa parlamentaria, tiene como objeto principal “...reformular estructuralmente el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, creado por el libro primero de la Ley 100 de 1993, en su artículo 27 y la Ley 549 de 1999, reorientando los recursos del orden nacional del FONPET...”. Para el efecto, el Proyecto de Ley propone una serie de estrategias y mecanismos para modificar la distribución de los recursos del FONPET, así:

Los artículos 2 y 3 proponen la modificación de los artículos 6 de la Ley 549 de 1999<sup>2</sup> y 27 de la Ley 100 de 1993<sup>3</sup> con el fin de permitir que los recursos de la Ley nacionales del FONPET que reciben los municipios con cubrimiento superior al 125% de su pasivo pensional, de sean destinados al Fondo de Solidaridad Pensional para atender las pensiones anticipadas que se crean con esta iniciativa y para el otorgamiento de subsidios transitorios y parciales de las cotizaciones pensionales de algunos trabajadores que no cuentan con capacidad económica.

El artículo 4 adiciona el artículo 33A a la Ley 100 de 1993, con el fin de crear la pensión anticipada de vejez para las personas que, habiendo llegado a las edades mínimas exigidas, acreditan mínimo 900 semanas cotizadas y manifiestan su imposibilidad de seguir cotizando al sistema. El monto de la mesada será equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) y de ésta será descontado el 16% para pensión hasta que se cubra el total de las semanas que se requieren para adquirir el derecho pensional, en los términos de los artículos 9 y 14 de la Ley 797 de 2003<sup>4</sup> y el 4% para salud a partir de 2021.

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

<sup>2</sup> Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.

<sup>3</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

<sup>4</sup> 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.

## 1. Consideraciones generales

El artículo 3 de la Ley 549 de 1999 creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET, como un fondo sin personería jurídica, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto es apoyar el proceso de recaudo, asignación y administración de las reservas pensionales, la financiación para el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios), correspondientes a bonos pensionales, cuotas partes de bonos pensionales, cuotas partes pensionales, nómina de pensionados y reservas matemáticas de pensiones, así como, administrar los aportes de Orden Constitucional, territorial y Nacional, realizando su asignación en cada una de las cuentas individuales de las entidades territoriales.

De esta manera, el FONPET se ha constituido como un instrumento de apoyo fundamental en el proceso de definir, organizar y financiar el pago de las obligaciones pensionales territoriales, mediante la constitución de reservas pensionales, la elaboración y actualización de los cálculos actuariales de sus trabajadores activos, retirados, pensionados y beneficiarios, y en la atención de las obligaciones pensionales en sus distintos sectores Educación, Salud y Propósito General, de acuerdo con las disposiciones que han regulado la materia.

En ese orden de ideas, los recursos provisionados en cada una de las cuentas individuales de los departamentos, distritos y municipios en el FONPET, incluidos los aportes que hace la Nación, de acuerdo con las fuentes de financiación señaladas en el artículo 2 de la Ley 549 de 1999, son de propiedad únicamente de las entidades territoriales, recursos que los tienen incorporados como reservas en sus respectivos estados contables, para el pago de su pasivo pensional tanto en el sector central como descentralizado.

Ahora bien, los recursos provisionados en las cuentas individuales del FONPET están destinados inicialmente al cubrimiento del pasivo pensional de cada entidad territorial y una vez provisionado el 125% de ese pasivo, las entidades territoriales, en los términos previstos en el Artículo 6° de la citada Ley 549 de 1999 y sus reglamentarios, podrán retirar los recursos excedentes para financiar proyectos de inversión, en todo caso, respetando la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.

Por consiguiente, el retiro de recursos excedentes es una excepción dirigida a las entidades territoriales que han alcanzado el cubrimiento total del pasivo pensional en sus distintos sectores. En caso de que no cuenten con la cobertura del pasivo pensional en los Sectores Salud y/o Educación en un 100%, el artículo 2.12.3.8.2.11 del Decreto 1068 de 2015<sup>5</sup> adicionado por el Decreto 117 de 2017<sup>6</sup>, establece que el FONPET deberá realizar el traslado de recursos que superen el porcentaje de cobertura establecido en el inciso primero del artículo 6° de la Ley 549 de 1999 del Sector Propósito General del FONPET, a los demás Sectores, hasta alcanzar el nivel de cubrimiento del pasivo pensional.

## 2. Consideraciones de índole constitucional

### 2.1. Vulneración de la iniciativa privativa de crear un beneficio tributario sin aval del Gobierno nacional

Se considera que lo propuesto en el artículo 4 de la iniciativa legislativa contraviene lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política, por cuanto establece una exención tributaria que correspondería a un asunto de iniciativa legislativa privativa del ejecutivo y por supuesto de su aval.

<sup>5</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

<sup>6</sup> Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior, al proponer el reconocimiento de una pensión de vejez anticipada con tan solo 900 semanas cotizadas, cuando el artículo 33 de la Ley 100 de 1993<sup>7</sup>, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003<sup>8</sup>, establece que deben aportarse 1300 semanas para obtener una pensión de vejez, convirtiendo esa diferencia de semanas en un beneficio pensional – un beneficio aplicable a una contribución parafiscal - respecto de quienes no la cumplan y deban someterse, por el contrario, a las 1300 semanas.

Al respecto, es importante precisar que las semanas cotizadas siempre están representadas en tarifas – *tasa de cotización* - imponibles al grupo social beneficiario de las prestaciones del Sistema General de Pensiones (SGP) y con la disminución a 900 de las semanas cotizadas se están eliminando 400 semanas respecto de las cuales no se efectuarían cotizaciones para el reconocimiento inicial de la pensión anticipada de vejez, lo cual afectaría el monto que por este concepto dejaría de recibir el SGP.

En este sentido, no puede perderse de vista que los aportes al SGP son contribuciones parafiscales cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>9</sup>. Así por ejemplo lo expresó en la sentencia C- 711 de 2001:

“Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal.”

Así mismos, la Corte Constitucional ha establecido que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración al momento de establecer este tipo de beneficios, no obstante, dicha libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente la de iniciativa gubernamental contenida en el artículo 154 de la Constitución Política, que establece:

“ARTICULO 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución. No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales” (Subrayas fuera de texto original).

Al respecto, la Corte afirmó que<sup>10</sup>:

“Sobre el particular, la Corte ha destacado que al legislador le corresponde, **a iniciativa del gobierno**, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertas personas o actividades del pago de un tributo determinado, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten el otorgamiento del beneficio fiscal” (Negrilla por fuera del texto original).

<sup>7</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> **C-602- 2015** Requisitos constitucionales adscritos a las exenciones, beneficios o estímulos tributarios. Reiteración de jurisprudencia – Aval Gobierno. 4.1.- Las exenciones tributarias corresponden a situaciones que en principio fueron objeto de gravamen pero que son sustraídas del pago -total o parcial- de la obligación por razones de política fiscal, social o ambiental.(...); 5) protección a los cometidos de la seguridad social; (...). 4.2. Las exenciones que se creen dentro del sistema tributario, al hacer parte de las manifestaciones de la política fiscal, también están cobijadas por los principios de legalidad y certeza. Por tanto, los elementos principales de cualquier exención deben estar definidos previamente por el legislador, las asambleas o los concejos, en los términos de los artículos 150, numerales 10 y 12, y 338. **Es más, teniendo en cuenta el artículo 154 superior, se deduce que la consagración de estas figuras debe contar con la iniciativa gubernamental** (...). La negrilla y subrayado es nuestro.

<sup>10</sup> En Sentencia C – 748 de 2009, siguiendo la línea de la Sentencia C – 183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así pues, es claro que, si un proyecto de ley contiene una exención tributaria, la iniciativa correspondiente debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno Nacional, lo que jurisprudencialmente se ha denominado “aval del gobierno”<sup>11</sup>. Uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en esta materia es que el aval puede ser dado por el Presidente de la República o “...ser otorgado por el ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto...”<sup>12</sup>.

En atención a lo anterior, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la única entidad competente para avalar las iniciativas tributarias, pues es función del Ministerio de Hacienda definir, formular y ejecutar la política económica del país, así como preparar las leyes, decretos y la regulación en materia fiscal y tributaria, entre otras<sup>13</sup>. En consonancia con lo anterior, el artículo 7 de la Ley 819 de 2003<sup>14</sup> “determina la exigencia de compatibilidad entre los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Con base en ello la ley en mención exige (...) que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal”<sup>15</sup>.

Así las cosas, la iniciativa en estudio al contener beneficio tributario consistente en la disminución del tiempo durante el cual es aplicable la tasa de una contribución – cotización pensional -, se constituye en un beneficio tributario que no cuenta con el aval de este Gobierno nacional, representado en esta Cartera, por las razones que a lo largo de este concepto se señala y, en consecuencia, en caso de insistirse en el trámite legislativo del proyecto de ley corre el riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

## 2.2. Violación de la prohibición de crear un nuevo régimen pensional

Se considera que lo propuesto en el artículo 4 de la iniciativa legislativa contraviene lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto establece una consideración especial para acceder al derecho a una pensión, generando una diferencia que se constituye en un régimen especial.

El Acto Legislativo 01 de 2005 que adiciona el artículo 48 constitucional establece que: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”.

En este sentido, la Constitución Política en desarrollo del principio de igualdad y en aras de la sostenibilidad financiera del SGP, expresamente prohibió la creación de nuevos regímenes especiales donde se hicieran excepciones respecto a aspectos paramétricos o estructurales del sistema ya diseñado en la ley.

Vale la pena recordar, que tal y como se menciona en la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, una de las principales motivaciones de esta reforma constitucional fue la eliminación de los regímenes exceptuados o especiales, dada la inequidad y carga fiscal que los mismos generan para el Estado, al respecto:

*“La eliminación de regímenes exceptuados o especiales*

*Como ya se dijo, las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social.*

*Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de muchas empresas públicas y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias.*

<sup>11</sup> Sentencia C – 177 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>12</sup> Sentencia C – 838 de 2008.

<sup>13</sup> Ver artículo 1.1.1.1 del Decreto 1068 de 2015 – Decreto Único del Sector Hacienda.

<sup>14</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

<sup>15</sup> Sentencia C – 141 de 2010.

**En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien el que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores. A lo anterior se agrega que las personas que pueden pensionarse con edades y tiempos de servicios menores, terminan recibiendo pensiones superiores a las del resto de los colombianos, con montos mayores a los 25 salarios mínimos que es el tope de pensión que señala la ley, sin que en la mayoría de los casos hayan realizado cotización alguna, lo que implica cuantiosos subsidios.**<sup>16</sup> (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, está proscrita constitucionalmente cualquier ley que pretenda otorgar alguna excepción o prerrogativa en materia pensional a nacionales o extranjeros por cualquier causa.

Por todo lo anterior, con la propuesta contenida en el artículo 4 respecto a la pensión anticipada de vejez tan solo con 900 semanas de cotización implicaría la creación de un régimen especial proscrito por el Acto Legislativo, lo que contraviene la norma superior y en consecuencia es inconstitucional.

### **2.3. Vulneración de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones**

Se considera que las propuestas de la iniciativa legislativa contravienen lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto alteran el equilibrio de las finanzas del SGP y afecta su sostenibilidad en el tiempo, conforme se demuestra más adelante en este concepto.

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 (SGP) 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 el uso de recursos destinados para proteger a las personas y sus familias ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, para atender situaciones derivadas de una coyuntura particular, para la cual el propio sistema de protección social contiene dentro de su diseño un mecanismo para proteger a los trabajadores en caso de perder su fuente de ingreso -el esquema de las cesantías-.

Ahora bien, dentro de las obligaciones que tiene el Estado en relación con el SGP, 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 reconocido por esta vía la correspondencia entre los recursos que ingresan

<sup>16</sup> Gaceta del Congreso No. 385 de 2004. Proyecto de Acto Legislativo 34 de 2004 Cámara. "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política"

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<sup>17</sup>”*.

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 las presentadas en este Proyecto de Ley que permiten el reconocimiento de la pensión de vejez de manera anticipada con cargo a recursos del SGP o del FONPET, disminuyendo recursos para financiar las pensiones en general y la de una población con menores requisitos, alteran la sostenibilidad financiera de las pensiones, como se demuestra más adelante, lo que resulta contrario a la exigencia constitucional de garantía de sostenibilidad financiera del SGP.

#### 2.4. Vulneración a la prohibición de la destinación de los recursos de la Seguridad Social a fines distintos a ella

A juicio de este Ministerio, el artículo 2 del Proyecto de Ley viola lo establecido en el inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, que expresamente señala que **“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”**.

Como bien se expresó al comienzo de este concepto, el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales –FONPET– tiene por objeto la administración de *“los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales”<sup>18</sup>* y así garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los servidores públicos del nivel territorial, con recursos ahorrados por las entidades territoriales para el cubrimiento de sus pasivos pensionales. En ese orden, destinar recursos de ese Fondo al pago de pensiones anticipadas de vejez de todos los habitantes del país vulnera el destino de recursos para fines exclusivos de las pensiones del sector territorial que las financia.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la destinación exclusiva de los recursos de la seguridad social en los propósitos este concepto abarca. Es del caso de la sentencia C – 264 de 2019, que expresó lo siguiente:

*“Por su parte, el artículo 48 de la Constitución establece, primero, que el sistema de seguridad social responde a los principios de progresividad y de eficiencia, y segundo, que no se pueden destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social en fines distintos a los que contempla su objeto, sin hacer ninguna distinción respecto de su naturaleza u origen.*

*A partir de esta directriz, en distintas oportunidades este tribunal ha precisado el alcance de la restricción constitucional anterior, aclarando que se trata de una norma imperativa que no contempla ningún tipo salvedad o excepción, y que, por tanto, “la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tantos los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable, pues uno y otros integran un todo indivisible”, y que ni siquiera razones asociadas a la necesidad de reactivación económica o a la satisfacción de otras necesidades sociales, podrían justificar la utilización de los recursos para fines distintos a su objeto”*. (Negrilla fuera de texto)

Particularmente, frente a los recursos del FONPET, recientemente la Corte constitucional en sentencia C- 194 de 2020, recordó la destinación exclusiva de estos recursos al pago del pasivo pensional de las entidades territoriales, así:

*“...En el caso del FONPET, el artículo 48.5 ibidem prescribe que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas”. Pues bien, la Ley 549 de 1999 creó este fondo con el objeto de administrar “los*

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Ley 549 de 1999. Artículo 3.

*recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales*<sup>19</sup>, y, de esta manera, *“satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social (art. 48 C.P.)”*<sup>20</sup> de los servidores públicos del nivel territorial. En consecuencia, **los recursos del FAE y del FONPET solo pueden destinarse** a cubrir el desahorro del Sistema General de Regalías y **a pagar el pasivo pensional de las entidades territoriales**, respectivamente...”. (Negrilla fuera de texto)

Por consiguiente, los recursos del FONPET no se encuentran en la misma situación jurídica de los demás dineros de los ahorradores e inversionistas particulares de una entidad financiera o administradora de pensiones, pues se encuentran afectados a la finalidad para la que fueron creados, esto es al pago del pasivo pensional de las entidades territoriales y en ese sentido una destinación distinta contradice el mandato constitucional de destinación exclusiva de los recursos de la seguridad social para la satisfacción de ese derecho fundamental, que para el caso del FONPET es el derecho de la seguridad social de los servidores públicos territoriales.

## 2.5. Vulneración al principio de autonomía territorial y recursos propios

Es de resaltar que la Constitución Política reconoce la autonomía territorial como principio y como garantía institucional de las entidades territoriales. En su dimensión de principio, el artículo 1 de la Constitución Política dispone que Colombia *“es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada [y] con autonomía de sus entidades territoriales”*. En su dimensión de garantía institucional, el artículo 287 reconoce que las *“entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, (...) dentro de los límites de la Constitución y la ley”*.

La autonomía es la capacidad de manejar los asuntos propios, es decir, aquellos que le conciernen al ente territorial como tal. La autonomía representa un rango viable que cuenta con los límites mínimos y máximos fijados por la Constitución Política, dentro de los cuales pueden actuar los entes territoriales. Así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C – 889 de 2002:

*“En tal virtud, el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye el núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de servicios a su cargo.*

*El límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales”*

Además de ello, el artículo 288 de la Constitución Política prevé que las competencias atribuidas por el Legislador orgánico *“a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”*, en tal sentido, se observa que el proyecto de ley afecta el principio de autonomía territorial en la medida que está disponiendo de recursos que las entidades territoriales han acumulado en el FONPET para utilizarlo de manera extensiva y favorecer el pago de unas obligaciones pensionales a particulares que no hacen parte de esta cobertura e imponiendo a los departamentos, municipios y distritos una carga que no están obligados a asumir.

Para alcanzar la meta de cubrimiento del pasivo pensional, la ley determinó varias fuentes de ingresos del orden territorial complementándolas con aportes de la Nación originados en rubros específicos, los cuales constituyen un complemento de los recursos que cada entidad territorial puede tener como reserva destinada para atender sus obligaciones pensionales por medio de los Fondos Territoriales de Pensiones o de Patrimonios Autónomos, es por ello que los recursos administrados por el FONPET pertenecen específicamente a cada una de las entidades territoriales.

<sup>19</sup> Artículo 3 de la Ley 549 de 1999.

<sup>20</sup> Sentencia C-1187 de 2000.

En esa medida, no se considera conveniente ni constitucional que se utilicen los recursos excedentes con los que cuentan los municipios para financiar o fortalecer la cobertura del Sistema General de Pensiones, mucho menos sin tener en cuenta que los recursos ahorrados en el FONPET, lo cual hace indispensable el registro individual de los recursos y la permanente actualización de la información con el fin de reflejar de manera eficaz las reservas constituidas frente a las obligaciones pensionales pendientes.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional<sup>21</sup> ha reconocido al Legislador “la potestad de injerencia o intervención” en la autonomía financiera de las entidades territoriales. No obstante, se debe reconocer que el alcance de dicha intervención dependerá de la naturaleza de los recursos respecto de los cuales verse la medida legislativa. En tal sentido, “(...) *la propia Constitución autoriza al poder central para fijar su destinación*”<sup>22</sup>, por lo que “*bien puede el legislador distribuirlas y señalar su destinación, (...) con la única limitante de respetar los preceptos constitucionales que rigen la materia*”<sup>23</sup>.

Por lo anterior, se considera que el proyecto normativo vulnera e impacta negativamente el principio constitucional de autonomía territorial de las entidades territoriales, concretamente de los municipios del país.

### 3. Consideraciones fiscales y económicas al Proyecto de Ley

#### 3.1. En relación con la modificación del artículo 6 de la Ley 549 de 1999

El artículo 2 propone la modificación del Artículo 6° de la Ley 549 de 1999, esto con el fin de permitir que los recursos nacionales del FONPET que reciben los municipios con cubrimiento superior al 125% de su pasivo pensional, sean destinados al Fondo de Solidaridad Pensional para atender las pensiones anticipadas de vejez.

Al respecto, es importante tener en cuenta las cifras actualizadas, las cuales son indispensables para abordar la suficiencia de los recursos en administración del FONPET y el valor del pasivo pensional con corte a 31 de diciembre de 2020 de los municipios, información que a continuación se relaciona:

SECTOR	Pasivo pensional al 100% 31/12/2020	Pasivo pensional al 125% 31/12/2020	Aportes valorizados 31/12/2020	Pasivo no cubierto al 125% antes de traslados 31 de diciembre de 2020	No. de Entidades Territoriales sin cobertura al 125% antes de traslados
Salud	\$ 576.8	\$ 721.0	\$ 329.0	\$ 590.6	111
Educación	\$ 2,710.7	\$ 3,388.3	\$ 100.4	\$ 3,310.4	746
Propósito General	\$ 16,221.3	\$ 20,276.7	\$ 13,676.2	\$ 7,893.7	432
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 19,508.8</b>	<b>\$ 24,386.0</b>	<b>\$ 14,105.6</b>	<b>\$ 11,794.7</b>	

SECTOR	Traslados de Propósito General a Educación y Salud	No. de Entidades Territoriales sin cobertura al 125% después de traslados	Entidades con beneficio por traslados	Entidades cubiertas al 125% después de traslados
Salud	\$ 32.3	94	46	997
Educación	\$ 927.3	526	479	565
Propósito General		432		659
<b>Total</b>	<b>\$ 959.6</b>			

Elaborado por: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público  
Cifras en miles de millones.

A los aportes del Sector Propósito General se le descuenta la reserva de cuotas partes y los giros pendientes a 31 de diciembre de 2020.

A los aportes del Sector Educación se le descuentan los giros pendientes a 31 de diciembre de 2020.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 077 de 2012.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

Así mismo, se debe tener en cuenta que el pasivo pensional de las entidades territoriales a la fecha no se encuentra cubierto ni siquiera con los recursos actuales. En efecto, de las 1134 entidades territoriales de las cuales 1091 son municipios, solo **161 tienen cubierto el pasivo en sus distintos sectores Educación, Salud y Propósito General**, lo que corresponde al 14,8% del total; adicionalmente, a medida que pasan las vigencias el valor del pasivo se incrementa, los aportes se disminuyen y los giros para cubrir las obligaciones pensionales territoriales generarán a futuro una caída significativa en los excedentes de recursos que las entidades territoriales podrían tener en el FONPET.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la creación del Fondo no exonera a las entidades territoriales de cumplir sus obligaciones pensionales, toda vez que de conformidad con lo señalado en el segundo inciso del artículo 3 de la Ley 549 de 1999, la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales le corresponde a la entidad territorial, situación que fue ratificada por la Corte Constitucional y declarada exequible mediante la sentencia C – 1187 de 2000, en la cual manifestó que:

*“La Corte estima que la norma no viola el ordenamiento superior, pues la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponde a cada entidad, y como quiera que el objeto de la creación del FONPET es el de garantizar hacia el futuro el pago oportuno de las mesadas pensionales a sus titulares (...)”*

En concordancia con lo anterior, el artículo 6 de la Ley 549 de 1999 determinó que cuando los pasivos pensionales de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2 de esa ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular a los mismos fines que correspondan, de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos, al decir: **“En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales”**<sup>24</sup> (Negrilla fuera de texto).

Esto último teniendo en cuenta que, como se advirtió anteriormente, los recursos retirados del FONPET deben destinarse inicialmente al pago de pasivos pensionales de las Entidades Territoriales, y si no los hubiere, a las finalidades previstas en las normas que regulan la destinación original de cada una de las fuentes.

En concordancia con lo anterior, es de vital importante resaltar lo que la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 2020 consideró dentro de su último pronunciamiento, lo siguiente:

*“mediante la Ley 549 de 1999, el Legislador intervino para limitar la autonomía financiera de las entidades territoriales, al definir la destinación y forma de administración de estos recursos, con el fin de que estas “cumplan sus deberes constitucionales y evitar que, hacia el futuro, se comprometa la estabilidad macroeconómica de la Nación, a través de la deuda pensional de carácter territorial”. Asimismo, estos recursos tampoco son de libre disposición. Las entidades territoriales pueden acceder a ellos con la única finalidad de pagar sus obligaciones pensionales y solo cuando cumplan con las condiciones previstas por la Ley 549 de 1999 y el Decreto 1068 de 2015”.*

Por lo anterior, sin perjuicio de la facultad de configuración que tiene el legislador para modificar o reformar las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico, no resulta viable la modificación del artículo 6 de la Ley 549 de 1999, quitándole la titularidad del derecho de dominio a las entidades territoriales sobre los recursos provisionados en las cuentas individuales en el FONPET.

Finalmente, se hace necesario anotar que, sin perjuicio de la vulneración constitucional evidenciada, al retirar recursos de las cuentas individuales del FONPET de aquellas entidades que hayan alcanzado el cubrimiento de su pasivo pensional en un 125% se afectarían las finanzas territoriales, toda vez que esos recursos ya están incorporados en sus estados contables y generaría un costo fiscal para los departamentos, distritos y municipios que hayan alcanzado el cubrimiento del 125%, puesto que al tenor de

<sup>24</sup> Ley 549 de 1999. Artículo 6. Inciso 5. Parte final.

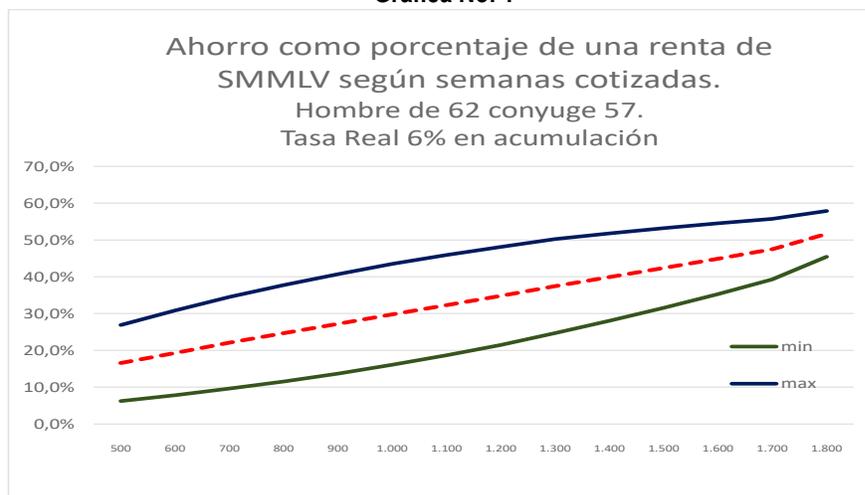
lo previsto en el artículo 6 de la Ley 549 de 1999, alcanzado el cubrimiento del pasivo pensional, esas entidades pueden retirar los recursos para financiar proyectos de inversión para ser incorporados en sus planes de desarrollo, mejorando el crecimiento de los entes territoriales.

### 3.2. En relación con la pensión anticipada para vejez

El artículo 4 que expone la creación de la pensión de vejez anticipada para aquellas personas que cuenten con las edades mínimas, hayan cotizado mínimo 900 semanas y manifiesten su imposibilidad de continuar aportando al Sistema General de Pensiones tendría un notorio impacto fiscal que supera ampliamente los recaudos que se puedan obtener en virtud de la propuesta del Proyecto de Ley. En este caso, se incrementaría el pasivo pensional por doble vía, pues se aumenta el valor subsidiado de cada pensión y el monto de los pagos anuales por concepto de las nuevas pensiones aumenta significativamente.

En un ejercicio teórico general se pueden establecer las tasas de reemplazo según la gráfica No. 1:

**Gráfica No. 1**



Elaborado por: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Como puede observarse, desde la perspectiva financiera, el nivel de subsidio que se otorga a una pensión en función de las semanas cotizadas está entre el 50% y 70% (cuando se cumplen los requisitos legales en lo relativo a tiempos de cotización).

En el cuadro No. 1, con las mismas premisas del ejercicio que asume una tasa real optimista del 6%, se observa que el valor esperado de subsidio se aumenta entre 7% y 12%, si se reduce a 900 semanas la exigencia de cotización. Con tasas de interés más bajas, que se advierten a futuro (inferiores a 4%), los resultados ofrecerían escenarios más preocupantes:

**Cuadro No. 1 – Proyección de los valores en los que incrementa el monto del subsidio**

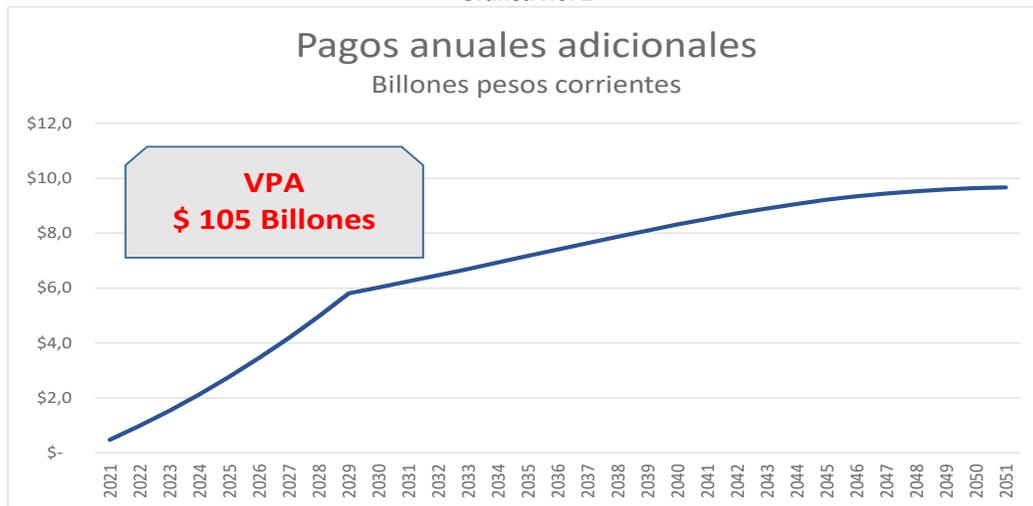
	SEMANAS DE COTIZACION		
	900	1.150	1.300
<b>Tasa Reemplazo Financiera</b>	27,2%	33,6%	37,5%
<b>FGPM</b>	3,5%	4,4%	4,9%
<b>% SUBSIDIO</b>	<b>69,3%</b>	<b>62,1%</b>	<b>57,6%</b>

Ejercicio con tasa real 6%, parámetros resolución 3099 de 2015

Elaborado por: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La base de pensionados se amplía, dado que actualmente se tienen cerca de 50.000 nuevos pensionados por vejez cada año, al reducir el número de semanas exigidas a 900, como se propone, en un escenario moderado las nuevas pensiones se incrementarían en un 80% para los siguientes 8 años, momento en el cual se estabilizaría el número de pensionados. Las nuevas pensiones de “salario mínimo en principio”, con subsidios adicionales de un 10%, proyectadas en un horizonte de 30 años (si bien el párrafo 3° de la iniciativa legislativa indica que esta ley aplicaría para los próximos 10 años, su efecto repercute sobre los pagos futuros de las pensiones otorgadas en ese lapso), aumentan el pasivo pensional en cerca de **\$105 billones**<sup>25</sup>. La gráfica muestra el flujo de recursos adicionales para los siguientes años:

Gráfica No. 2



Elaborado por: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Bajo el anterior análisis se encuentra que con la adición que se pretende introducir a la Ley 100 de 1993, por medio del artículo 4 del presente Proyecto Ley, se estaría generando la transformación insostenible de las pensiones mínimas de todo el Sistema General de Pensiones, pues esto implica que la simple afirmación de incapacidad o imposibilidad de cotizar el número de semanas mínimas exigidas por la ley y, por tanto, del capital requerido, a través de las cotizaciones, sería insuficiente para que quedaran asumidas por el Sistema o por el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales –FONPET-, desconociendo como se señaló anteriormente, los objetivos del Fondo y las finalidades del Acto Legislativo 01 de 2005, cuyos argumentos fueron considerados por la Corte Constitucional, entre otros, en la Sentencia SU – 555 de 2014, al resaltar:

*“(...) el principal objetivo de la reforma de 2005 fue **homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales** en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema.*

*De igual manera, se establecen presupuestos básicos para el funcionamiento del sistema general de pensiones, entre los que se encuentran: (i) **la garantía de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones**, es decir, 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; (ii) **cumplimiento de los requisitos legales 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; (iii) **unificación de requisitos y beneficios pensionales**. Todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse*

<sup>25</sup> A precios de 2021.

de lo allí establecido, (iv) **imposibilidad de hacer pactos o convenciones colectivas con beneficios pensionales superiores**. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, (v) **liquidación sobre los factores efectivamente cotizados**. En relación con la liquidación de las pensiones, el Acto Legislativo dispuso que sólo se tendrán en cuenta para determinar la base de liquidación, los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones y (vi) **Límite en el valor de las pensiones**. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. El artículo 48 también señala, de forma tajante en el parágrafo 10, que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.

Con base a lo expuesto, se evidencia que con esta pensión anticipada se están desconociendo presupuestos básicos para el buen funcionamiento del Sistema General de Pensiones, debido a que las semanas no corresponden a tiempos servidos o cotizados, y al mismo tiempo no está garantizando la sostenibilidad de los beneficios que pretende crear, más aún si se tiene en cuenta que, la disposición en cuestión no sería en realidad una pensión anticipada, dado que la edad mínima sería la misma a la que actualmente contempla el Sistema, y adicionalmente se está induciendo a la creación de una pensión mínima con menos aportes.

En relación con este tema, sería necesario revisar el precedente histórico pensional del país, esto es que el SGP nació con la Ley 100 de 1993 como un avance frente a la proliferación de regímenes pensionales existentes con anterioridad, aunque no estuviera establecido la sostenibilidad financiera del sistema como un principio, siendo fundamental su incorporación con el Acto Legislativo 01 de 2005, tiempo a partir del cual reforzó aún más la restricción constitucional de regímenes especiales, avanzando además en la necesidad de avanzar en un sistema pensional sostenible, tal como se resalta en la sentencia SU -555 de 2014: “la **sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones fue una preocupación transversal a la reforma. Ella motivó la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados. El establecimiento expreso de que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de que las leyes futuras deben guiarse por este criterio, además buscó prevenir la práctica de creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras”.**

### 3.3. En relación con el fortalecimiento de la cobertura pensional y aseguramiento de la vejez colombiana

Estimando que cada año 100.000 personas (el doble de los pensionados), se acogen al beneficio de soporte del 50% de las cotizaciones por pensiones y aseguramiento previsional, en un horizonte de 30 años; el costo fiscal sería cercano a \$19 billones de pesos de 2021. La gráfica No. 3 nos muestra el flujo de recursos que se requieren para los siguientes años.

Gráfica No. 3



Elaborado por: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En conclusión, **los beneficios estipulados en el Proyecto de Ley tienen un costo fiscal cercano a los \$124 Billones, en un horizonte de 30 años (asumiendo escenarios razonables con implementación de largo plazo)**. El costo fiscal excede incluso el valor total del pasivo pensional del FONPET con corte a 31 de diciembre de 2020. En ese sentido, no hay relación de equivalencia entre el valor presente actuarial de los nuevos beneficios y los valores de los excedentes que se proponen para soportarlos, en consecuencia, se estaría afectando negativa y drásticamente la estabilidad económica del país.

En virtud de lo expuesto en precedencia, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable y solicita, respetuosamente, estudiar la posibilidad del archivo de la iniciativa legislativa bajo estudio, toda vez que: i) se torna en inconstitucional al vulnerar el Artículo 48 de la Constitución Política; ii) es inconveniente por contravenir el principio de autonomía territorial del que gozan las entidades territoriales; iii) generaría costos que rondan aproximadamente los **\$124 billones** en un horizonte amplio de 30 años, y, iv) se abandona la génesis y difumina la finalidad con la que se creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET para coadyuvar a los departamentos, distritos y municipios en el saneamiento del pasivo pensional territorial y en el mejoramiento de su estabilidad financiera.

Finalmente, se 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/DAF/OAJ

UJ-1992/2021

Elaboró: Andrea del Pilar Suárez Pinto  
Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco

Con copia:  
Dr. Orlando Anibal Guerra de la Rosa – Secretario de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representante.

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