

FONPET - Cálculo de recursos provenientes del impuesto de registro y de los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales

La solución al problema del pasivo pensional se convirtió en una prioridad una vez el Gobierno Nacional reconoció la gravedad de la situación de las entidades territoriales, aún a pesar de lo que ya había contemplado en la ley [100](#) de 1993. Para el efecto creó el FONPET con el fin de ayudarlas a constituir las reservas respectivas, recurriendo a fuentes de financiación provenientes de todos los niveles (nacional, departamental, municipal) hasta alcanzar el cubrimiento de los cálculos proyectados. La consulta se contrae a establecer cómo se deben calcular los recursos del numeral 9 del artículo [2º](#) de la ley 549 de 1999, teniendo en cuenta que el saldo del impuesto de registro hace parte de los ingresos corrientes de libre destinación. Es claro que el impuesto de registro es un ingreso tributario. De su recaudo el 20% va directamente al FONPET. El 80% restante no tiene destinación específica, salvo las excepciones contempladas en el artículo 5º del decreto 1584 de 2002; por lo tanto, tal como lo disponen las normas transcritas, entra a formar parte de los ingresos corrientes de libre destinación. En consecuencia, el cálculo del 10% a que hace referencia el numeral 9 del artículo [2º](#) de la ley 549 de 1999, debe hacerse sobre la totalidad de los ingresos de libre destinación de la entidad territorial, que están definidos en el artículo [3º](#) de la ley 617 de 2000, sin que se autorice por la ley hacer deducción alguna.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 20 de marzo de 2009.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00003-00(1933)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Cálculo de los recursos con destino al Fondo de Pensiones de las entidades territoriales.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, formuló a la Sala una consulta “sobre el cálculo de los recursos con destino al Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET.”

manifiesta en la consulta que la Ley [549](#) de 1999, creó el Fondo de Pensiones de Entidades Territoriales, sin personería jurídica, “cuyo objeto es recaudar y asignar los recursos a las cuentas de las entidades territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales legalmente excepcionados del sistema.”

Se indica que los recursos destinados a financiar el fondo fueron fijados por el artículo [2º](#) de la Ley 549 de 1999, provenientes de diferentes niveles (departamental, distrital o municipal); y, que en lo que interesa a la consulta, la duda se reduce a la aplicación de los numerales 8º y 9º del

referido artículo.

Señala el Ministro que la problemática se plantea entre dos interpretaciones diferentes, que traen como consecuencia variaciones en la recaudación de los recursos para el FONPET. La primera sostiene que “el cálculo del diez por ciento (10%) a que se refiere el numeral 9 del artículo [2](#) de la Ley 549 de 1999, debe efectuarse sobre el total de los ingresos corrientes de libre destinación sin que sea dable efectuar depuración o descuento alguno de tales ingresos con relación a su cálculo; la segunda, sostiene que en los ingresos corrientes de libre destinación no debe tenerse en cuenta el saldo del impuesto de registro que no hubiese sido transferido al FONPET de acuerdo con el numeral 8 del mismo artículo.”

Dado que el Ministerio es el administrador del Fondo y debe velar por la exacta recaudación de los dineros que por ley están destinados a su financiación, se consulta lo siguiente:

“1. ¿Dentro del cálculo de los ingresos corrientes de libre destinación que se utilizan para la transferencia de recursos al FONPET por parte de los departamentos, de acuerdo con el numeral 9 del artículo [2](#)° de la Ley 549 de 1999, debe tenerse en cuenta el saldo del 80% del impuesto de registro que queda después de dar aplicación al numeral 8 de la misma disposición? O por el contrario, ¿dicho porcentaje restante no debe ser tenido en cuenta para el cálculo de los ingresos corrientes de libre destinación que deben transferirse al FONPET de acuerdo con el numeral 9?

2. Habida cuenta de las diversas alternativas hermenéuticas que ofrece la disposición legal en comento, ¿podría el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria acoger alguna de estas interpretaciones en aras de facilitar la debida ejecución de la ley?”

La Sala considera:

Con el fin de absolver los interrogantes formulados, la Sala se detendrá en los antecedentes legislativos de la ley [549](#) de 1999, a continuación estudiará los aspectos pertinentes al recaudo del impuesto de registro y de los ingresos corrientes de libre destinación, y hará una reflexión sobre la potestad reglamentaria frente al tema, para proceder a dar solución al caso concreto.

I. Antecedentes legislativos de la ley [549](#) de 1999 - Recursos para el FONPET a ley [100](#) de 1993, “mediante la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”-, ordenó que el sistema pensional de las entidades territoriales se modificara a más tardar al 30 de junio de 1995, se dejara atrás el reconocimiento y pago de pensiones de manera directa o a través de cajas de previsión o similares, y se pasara al sistema de fondos territoriales de pensiones, salvo las Cajas que pudieran demostrar solvencia.

La misma ley [100](#) dispuso que las entidades territoriales debían realizar el cálculo del pasivo pensional con el fin de que iniciaran la constitución de las reservas respectivas. Dichas obligaciones no pudieron ser cumplidas puesto que la gran mayoría de ellas no contaba con los cálculos actuariales detallados ni con la información sobre las historias laborales

El Gobierno Nacional con el fin de solucionar el problema que denominó “la bomba pensional”, presentó un proyecto de ley en concordancia con la Ley [100](#) de 1993, en el que propuso la creación de un fondo para apoyar a las entidades territoriales en la administración de los recursos destinados a financiar el pasivo pensional. De este proyecto surgió la ley 549 de 1999, dando origen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, el cual, de acuerdo con el artículo [3](#)° se instituyó como un fondo sin personería jurídica a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, constituido con los recursos previstos en el artículo 2°

de la misma ley.

En la exposición de motivos luego de mostrar la dimensión del problema, se señaló expresamente cómo la nueva ley lo pretendía solucionar:

“El proyecto de ley que se somete a consideración del honorable Congreso prevé la destinación de una serie de recursos para generar las reservas y cubrir las obligaciones pensionales en un plazo máximo de treinta años. Dichos recursos son tanto de carácter territorial como de carácter nacional. (...)

Para preservar el destino de los recursos y asegurar una correcta administración, el fondo estará vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Este fondo estará subdividido en cuentas, en las cuales se administrarán los recursos correspondientes a cada una de las entidades territoriales, con lo cual se preserva la titularidad de los mismos, pues el proyecto como ya se dijo, no priva a las entidades de sus recursos propios y, por el contrario, prevé la asignación de recursos nacionales, como es el caso de los provenientes de las privatizaciones, de los de extinción de dominio a favor de la Nación y de los correspondientes al Loto nacional cuya creación se establece.(...)

Como fuentes del fondo se prevén las siguientes: (...)

8. El 30% del cobro del impuesto de registro. Este impuesto es de propiedad de los departamentos. Se considera que como, contraprestación al esfuerzo de la Nación dichas entidades deben hacer un aporte con sus propios recursos para financiar el pasivo pensional.

9. Un porcentaje de los ingresos corrientes de cada entidad departamental. Dicho porcentaje crecería del 5% en el año 2001 al 10% en el año 2006. (...)

De acuerdo con las proyecciones realizadas, está previsto que con estos recursos se logre entre el año 2000 y el 2015, un monto acumulado equivalente al 9.0% del PIB. Es decir, en promedio se estaría destinando a la constitución de este Fondo, recursos equivalentes a medio punto del PIB por año. (...)

Los recursos a que se ha hecho referencia se destinarán a incrementar las cuentas de las entidades territoriales hasta lograr una cobertura del cien por ciento del pasivo al sumar el saldo en esta cuenta, con aquél que tenga acumulado la entidad territorial en su patrimonio autónomo.(...)

Considera el Gobierno que con el Fondo que se crea se establece un instrumento muy importante de la política fiscal de las entidades territoriales en el futuro, al constituir un ahorro para el pago de los pasivos pensionales y de esta manera se garantizan tanto los derechos de los pensionados y de los trabajadores, como la estabilidad de las finanzas de las entidades, el desarrollo de la inversión regional y la estabilidad económica del Estado, objetivo en el cual el Congreso se encuentra seriamente comprometido.

Con esto se preservan la autonomía, y los intereses de las entidades territoriales por las siguientes razones:

-El Fondo no despoja a las entidades territoriales de los recursos de las transferencias, sino que crea con parte de ellas un fondo de ahorro público para atender las obligaciones pensionales de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

-Con la creación del fondo se establece un mecanismo para atender el mayor problema fiscal que

tendrán las finanzas territoriales en el mediano y largo plazo, para mantener su capacidad de inversión.

Se crea un mecanismo en favor de los trabajadores y pensionados de las entidades territoriales y sus descentralizadas que les ayudará a garantizar éstas, a la materialización de estos derechos.

De lo transcrito se infiere que, la solución al problema del pasivo pensional se convirtió en una prioridad una vez el Gobierno Nacional reconoció la gravedad de la situación de las entidades territoriales, aún a pesar de lo que ya había contemplado en la ley [100](#) de 1993. Para el efecto creó el FONPET con el fin de ayudarlas a constituir las reservas respectivas, recurriendo a fuentes de financiación provenientes de todos los niveles (nacional, departamental, municipal) hasta alcanzar el cubrimiento de los cálculos proyectados. Lo importante para el legislador era obtener la totalidad de los recursos faltantes, que de no ser así, tanto los derechos de los pensionados y trabajadores, como la estabilidad económica de los departamentos, distritos, municipios y la del mismo Estado se verían afectados.

De otro lado es importante resaltar que dentro del trámite legislativo de la ley [549](#) de 1999, no se discutieron detalles referidos al problema planteado en la solicitud de consulta.

Ahora bien, la consulta se contrae a establecer cómo se deben calcular los recursos del numeral 9 del artículo [2º](#) de la ley 549 de 1999, teniendo en cuenta que el saldo del impuesto de registro hace parte de los ingresos corrientes de libre destinación. Dice en lo pertinente la norma:

“Artículo [2º](#). Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán para cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

(...)

8. A partir del 1º de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001, el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

(...)”

Los numerales transcritos fueron revisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-1187 de 2000, mediante la cual declaró la exequibilidad por considerar que como la Carta no definió el grado de autonomía que le atribuyó a las entidades territoriales y delegó en el legislador tal competencia; y que la ley, -atendiendo a que dicha autonomía se concibe dentro de un estado unitario-, puede buscar coherencia aplicando los principios de concurrencia, subsidiaridad y complementariedad con los planes nacionales de desarrollo, a veces resulta necesario que la Nación deba intervenir para remediar situaciones como lo es la grave crisis económica pensional. Señaló puntualmente:

“Por todo lo expuesto, a juicio de la Corte, la deuda pensional de carácter territorial que afecta a un gran número de entidades territoriales, habilita al legislador, en aras de la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, para que en desarrollo de los principios de concurrencia y subsidiaridad, procure conjurar la crisis fiscal y permita que, conforme con los instrumentos diseñados por la ley [549](#) de 1999, las entidades territoriales puedan cumplir con sus

deberes constitucionales, especialmente el de satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social ...

Bajo esta perspectiva, es importante precisar que, los instrumentos previstos en la ley [549](#) de 1999, tales como la creación del FONPET, implican garantizar a las personas beneficiarias de la seguridad social, la efectividad de sus derechos pensionales. Por lo tanto, resulta válido que una ley de la República señale los criterios generales, la organización y la financiación futura de las pensiones a cargo de los entes territoriales. En consecuencia, estima la Corte que los recursos para el pago de los pasivos pensionales que se destinen a partir del 1° de enero del año 2000, sobre el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales, o el 20% del producto de impuesto de registro, o el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento, el cual se irá incrementando anualmente en un punto porcentual, de tal manera que en el año 2006 inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, no lesionan normas constitucionales, en la medida en que la ley no pretende cercenarle autonomía a las entidades territoriales, pues repárese, que las mismas continuarán con las responsabilidades, administración, organización y reconocimiento de las pensiones. En consecuencia, opina la Corte que los numerales 7, 8 y 9 del artículo [2°](#) de la ley 549 del 99, no están señalando la forma como deben usarse esos ingresos del departamento o los que tienen como base el producto del impuesto de registro o el producto de la enajenación al sector privado, pues la norma cuestionada solamente señala unos requisitos generales para asegurar la financiación pensional, con el propósito de garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los pensionados territoriales.”

Cabe señalar que en la sentencia que se transcribe, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo [4°](#) de la ley 549 de 1999, mediante el cual se señaló como un proyecto prioritario la atención del pasivo pensional, manifestando que lo que la ley pretende es la “constitución de reservas necesarias”, para cubrir dicho pasivo sin que con esta disposición se limite la autonomía territorial.

De lo expuesto se puede afirmar que el Congreso consideró como un proyecto prioritario la solución del problema pensional de las entidades territoriales; que la decisión de que el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación fueran al FONPET era una manera de garantizar los derechos de los pensionados territoriales y de conjurar la grave crisis pensional; y que el legislador con la expedición del artículo [2°](#) de la ley 549 de 1999, permitió que las entidades territoriales pudieran cumplir con sus deberes constitucionales, especialmente el de satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social.

II. El saldo del Impuesto de Registro como parte integrante de los ingresos corrientes de libre destinación

Ley [223](#) de 199 "Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones", reglamentó en el capítulo XII, a partir del artículo 226, lo relativo al impuesto de registro: el hecho generador, los sujetos pasivos, la causación, la base gravable, las tarifas, los términos para el registro, el lugar del pago del impuesto, su liquidación, recaudo, administración y control.

La ley [617](#) de 2000, “por la cual se reforma parcialmente la Ley [136](#) de 1994, el Decreto Extraordinario [1222](#) de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para

la racionalización del gasto público nacional”, precisó en el artículo tercero el concepto de ingresos corrientes de libre destinación para las entidades territoriales, así:

“CAPITULO II.

SANEAMIENTO FISCAL DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

ARTICULO 3o. FINANCIACION DE GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

PARAGRAFO 1o. Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado.

Los ingresos corrientes son los tributarios y los no tributarios, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto

(...)”

Ahora bien, de conformidad con la ley [549](#) de 1999, un porcentaje del impuesto de registro va al FONPET. En efecto, la ley en mención y sus decretos reglamentarios disponen que el 20% del recaudo total del impuesto vaya directamente al Fondo. En consecuencia sólo el 80% forma parte de los ingresos de libre destinación precisamente por no tener destinación específica.

En este aspecto, es importante advertir que, el artículo 5° del decreto 1584 de 2002, mediante el cual se reglamentó el numeral 9° del artículo 2° de la ley 549 de 1999, dispuso en relación con los ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos, lo siguiente:

“**Artículo 5°.** Ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos. Para los efectos del numeral 9 del artículo [2°](#) de la Ley 549 de 1999 se entiende por ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos todos los ingresos corrientes de los departamentos o la porción de los mismos que no hayan sido asignados por la Constitución, la ley o las ordenanzas departamentales a una finalidad específica antes de la entrada en vigencia de la Ley [549](#) de 1999.”

Lo anterior indica que salvo lo que ya estuviese comprometido antes de la vigencia de la ley [549](#) de 1999, todos los ingresos corrientes de los departamentos conformarían el 100% de los ingresos corrientes de libre destinación.

Así las cosas, como a partir de la vigencia del artículo 5° de decreto 1584 de 2002, las excepciones contempladas para el cumplimiento de la ley [549](#) son claras, y por el contrario no se dispuso de manera expresa que para efectos del cálculo del porcentaje correspondiente a los ingresos de libre destinación, establecido en el numeral 9 de su artículo 2°, se debiese descontar el impuesto de registro, no es posible pretender que no se incluya como parte del 100% de los ingresos corrientes de libre destinación.

En síntesis, es claro que el impuesto de registro es un ingreso tributario. De su recaudo el 20% va directamente al FONPET. El 80 % restante no tiene destinación específica, salvo las excepciones contempladas en el artículo 5° del decreto 1584 de 2002; por lo tanto, tal como lo disponen las

normas transcritas, entra a formar parte de los ingresos corrientes de libre destinación.

En consecuencia, el cálculo del 10% a que hace referencia el numeral 9 del artículo 2º de la ley 549 de 1999, debe hacerse sobre la totalidad de los ingresos de libre destinación de la entidad territorial, que están definidos en el artículo 3º de la ley 617 de 2000, sin que se autorice por la ley hacer deducción alguna.

La anterior argumentación se refuerza con los antecedentes de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional transcritas, según las cuales se buscaba con la ley 459 de 1999, los mayores ingresos posibles al Fonpet con el fin de garantizar las pensiones de las entidades territoriales, de manera que la interpretación que acaba de darse es la que mejor encaja en la finalidad querida por la ley.

III. POTESTAD REGLAMENTARIA

En el caso consultado, se plantea si el Gobierno Nacional puede, en ejercicio de la potestad reglamentaria, acoger una interpretación que facilite la debida aplicación de la ley.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política:

“ART. 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

La Sala considera que el Gobierno Nacional puede, en ejercicio de la potestad reglamentaria, expedir los decretos necesarios para la debida ejecución de la ley 459 de 1999, de la manera en la que hasta ahora lo ha venido haciendo. Lo importante, tal como la Corte Constitucional lo ha señalado en varias oportunidades, es que el reglamento no sustituya o contradiga a la ley.

Sobre el tema ha dicho puntualmente la Corte, en la sentencia C-953 de 2007, que:

“4.2. La potestad reglamentaria, por su parte, en los términos del artículo 189-11 de la Carta, ha sido descrita por esta Corporación en la sentencia C-805 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), de la siguiente forma:

“[Es] la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

“Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella, el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo. (...)”

Para el caso concreto, se advierte que la interpretación del numeral 9 del artículo 2º de la ley 549 de 1999, debe hacerse de conformidad con lo expuesto en el punto anterior de este concepto. En

consecuencia, la materia a reglamentar sería el cómo se debe calcular el 100% de los ingresos corrientes de libre destinación, precisando que el saldo del impuesto de registro debe contabilizarse para efectos de la liquidación del 10% que actualmente deben girar los departamentos al FONPET.

La Sala RESPONDE:

1. Para la transferencia de recursos al FONPET por parte de los departamentos, de acuerdo con el numeral 9 del artículo [2°](#) de la Ley 549 de 1999, debe tenerse en cuenta el saldo del 80% del impuesto de registro que queda después de dar aplicación al numeral 8 de la misma disposición.

2. El Gobierno Nacional puede ejercer la potestad reglamentaria señalada en el numeral 11 del artículo [189](#) de la Constitución Política, en aras de facilitar la debida ejecución de la ley, de conformidad con lo expuesto en el punto anterior de este concepto.

Transcríbase al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

