



1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
JOSÉ RITTER LÓPEZ PEÑA
Presidente Comisión Séptima Constitucional Permanente
Senado de la República
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad



Radicado: 2-2020-049064

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2020 21:16

Radicado entrada
No. Expediente 43361/2020/OFI

Asunto: Consideraciones al informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 13 de 2020 Senado “Por medio de la cual se establecen medidas para la reactivación de la economía familiar y se dictan otras disposiciones - retiro parcial de cesantías”.

Respetado Presidente:

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

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º, tiene por objeto “establecer medidas para la reactivación de la economía y finanza familiar, a partir de la habilitación legal para el retiro parcial de cesantías y aportes voluntarios a fondos de pensión”.

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

1. Frente a la autorización para retirar las cesantías

El artículo 2 de la iniciativa legislativa, que modifica el artículo 102 de la Ley 50 de 1990¹, establece lo siguiente:

“Artículo 102. El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

(...)

4. Para inversión en proyectos de emprendimiento de micro, pequeñas y medianas empresas; financiación de negocios familiares, ya sea del trabajador, su cónyuge o sus hijos jóvenes en edad de 18 a 28 años. (...) (subrayado fuera del texto)

¹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

El artículo 3 de la propuesta, que modifica el artículo 3 de la Ley 1071 de 2006², dispone:

Artículo 3. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

(...)

3. Para inversión en proyectos de emprendimiento de micro, pequeñas y medianas empresas; financiación de negocios familiares, ya sea del empleado, su cónyuge o sus hijos jóvenes en edad de 18 a 28 años. (...)" (subrayado fuera del texto).

Y el artículo 4 de la propuesta, el cual dispone:

"Artículo 4°. Reglamentación. En el término de 6 meses contados a partir de la expedición de la presente ley, el Ministerio de Trabajo reglamentará el procedimiento y requisitos que deberán acreditarse ante el correspondiente Fondo Administrador para acceder al retiro parcial de las cesantías con ocasión al desarrollo de proyectos de emprendimiento familiar e inversión en proyectos de emprendimiento de micro, pequeñas y medianas empresas.

En todo caso, tratándose de emprendimiento familiar, como requisitos mínimos, deberá tener en cuenta los siguientes:

1. El retiro parcial de cesantías procederá cuando no supere el 50% del ahorro total. (...)" (subrayado fuera del texto).

Al respecto, cabe señalar que las cesantías son un auxilio y una prestación social que están obligados a pagar todos los empleadores. Corresponde a una cantidad de dinero que equivale a un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción del año. Esta prestación social tiene un carácter indemnizatorio, pretendiendo cubrir o prever las necesidades económicas que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro, constituyéndose en un ahorro obligado destinado a cubrir el riesgo de desempleo.

A la postre se replanteó el carácter indemnizatorio de las cesantías y se estableció que a este auxilio eran merecedores no solo los trabajadores a los que se les terminaba su contrato de trabajo sin justa causa, sino también que debía ser reconocido independientemente de la causa que hubiera originado el retiro.

Además, el legislador permitió al trabajador, a través de pagos parciales de cesantías, tener acceso a estos recursos de manera anticipada a la terminación del contrato de trabajo, con el fin de que pudiera, dentro de la relación laboral, la compra de vivienda, permitiendo el ahorro vía adquisición de inmuebles y la incorporación de estos a su patrimonio³.

También se constituyó como causal para pago anticipado el retiro para la financiación de la matrícula en entidades de educación superior reconocidas por el Estado, según el numeral 3 del artículo 102 de la Ley 50 de 1990⁴. Sumado a lo anterior, se adicionó el retiro para la financiación de matrícula en instituciones y programas técnicos certificados de

² Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

³ ARTICULO 102. El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

⁴ Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

aptitud ocupacional, que impartan educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano contenidos en el artículo 4 de la Ley 1064 de 2006⁵.

Así mismo, con la expedición de la Ley 1809 de 2016⁶, se ampliaron las posibilidades de retiro de cesantías para educación, permitiendo al afiliado a un fondo de cesantías retirar las sumas abonadas por este concepto para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo.

De lo expuesto se concluye que las cesantías son una salvaguarda que se proporciona a los individuos para garantizar la seguridad del ingreso en caso de desempleo, o como respaldo económico para el acceso a vivienda o educación, estos últimos indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores. Su carácter obligatorio confiere especial protección a la utilización de los recursos.

En el año 2016, la OCDE publicó un estudio sobre el Mercado Laboral y las Políticas sociales para Colombia, en el cual concluye que *“la opción de las cuentas individuales de ahorro de cesantías es probablemente la forma más apropiada de proporcionar compensación de ingresos en el caso de pérdida de empleo”*⁷, adicionalmente, recomiendan que la utilización de esos recursos fuera más limitada de lo que permite la regulación vigente.

Ahora bien, con el propósito de aliviar los efectos adversos que ha generado en la economía de los trabajadores formales y sus familias por las medidas de mitigación de la propagación de la pandemia covid-19, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo, expidió el Decreto 488 de 2020⁸, el cual permite que los afiliados a los fondos privados de pensiones y cesantías accedan a retirar parcialmente sus cesantías, cuando tengan una afectación temporal en sus ingresos, sin que haya cesado la relación laboral con su empleador.

Conforme el artículo 3 del Decreto 488 de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) emitió instrucciones para que los afiliados a los fondos privados puedan hacer retiros parciales de sus cesantías durante el tiempo que permanezcan los hechos que dieron lugar a la emergencia sanitaria que vive el país, sin que se requiera adelantar el trámite de manera presencial. La SFC emitió instrucciones sobre el particular a través de la Circular Externa 013 de marzo de 2020.

La Corte Constitucional a través de la sentencia T – 171 de 2020 efectuó la revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 488 de 2020, determinando la exequibilidad del artículo 3 del decreto 488 de 2020⁹.

En este sentido, el retiro de cesantías para otras finalidades distintas a las contenidas actualmente en la Ley, desnaturalizan su uso, en la medida que no redundan en una real protección para el trabajador, los recursos de las

⁵ Los empleados y trabajadores del sector público o privado podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías de las entidades administradoras de fondos de cesantías para el pago de matrículas en instituciones y programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional, debidamente acreditados, que impartan educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano del empleado, trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente o sus descendientes, conforme a los procedimientos establecidos en la ley.

⁶ Por medio de la cual se adiciona un párrafo al artículo 102 de la Ley 50 de 1990 y se dictan otras disposiciones.

⁷ OECD, 2016. Estudio de la OECD sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia.

⁸ Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

⁹ Cuarto: Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 3° del Decreto Legislativo 488 de 2020 salvo:

i) la expresión “de carácter privado” que se declara INEXEQUIBLE y,

(ii) la expresión “[h]asta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica” que se declara EXEQUIBLE EN EL ENTENDIDO de que la medida allí establecida permanecerá hasta la culminación de la emergencia sanitaria y, si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando la medida dispuesta o hasta tanto el Congreso de la República ejerza sus competencias ordinarias en la materia.

cesantías corresponden a un beneficio mínimo establecido en la normatividad laboral, en atención al artículo 53 constitucional adquiriendo la condición de irrenunciable.

Asimismo, el mencionado Proyecto de Ley no establece criterios para determinar la aplicación del beneficio para el periodo del año 2020 que se considera para efectos de determinar la disminución de ingresos de las personas, este elemento es fundamental dado que es el punto de partida para obtener el beneficio. Tampoco establece cuál es la referencia para tener en cuenta para establecer una disminución de ingresos.

Por lo expuesto y dadas las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, respetuosamente se solicita retirar esta propuesta del Proyecto de Ley.

2. Frente a la autorización para el retiro de aportes voluntarios de los Fondos Privados de Pensiones

El artículo 8 de la iniciativa legislativa, propone lo siguiente:

Artículo 8°. Retiro parcial de aportes voluntarios a pensión. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad que demuestren haber tenido una disminución de sus ingresos con ocasión a la emergencia sanitaria por el SARS COVID-19, podrán realizar retiros parciales de las cotizaciones voluntarias que hayan efectuado. Los retiros parciales realizados bajo esta causal no perderán los beneficios tributarios como renta exenta y no serán susceptibles de sanciones o penalidades por parte de los fondos administradores de pensión.

El Gobierno nacional a través del Ministerio del Trabajo en el término de dos (2) meses contados a partir de la expedición de la presente ley reglamentará la materia.

Frente a la propuesta de retiro de los aportes voluntarios para pensión, resulta necesario llevar a cabo un análisis frente a su constitucionalidad y su impacto fiscal, en caso de implementarse, así:

2.1. Análisis de constitucionalidad de la propuesta

2.1.1. Cambio de destinación de los recursos de la seguridad social.

El artículo 62 de la Ley 100 de 1993¹⁰ establece: “Cotizaciones Voluntarias. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado”.

Por su parte, el artículo 22 del Decreto 692 de 1994¹¹, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció:

“Cotizaciones voluntarias. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.”

¹⁰ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.

“El empleador por mera liberalidad o de acuerdo con sus trabajadores podrá efectuar periódica u ocasionalmente aportes adicionales en las cuentas de ahorro individual con solidaridad de sus trabajadores. Igualmente podrán acordarse cotizaciones voluntarias o adicionales a cargo del empleador, condicionadas a incrementos en la productividad.

“Las cotizaciones voluntarias podrán retirarse previa solicitud del afiliado con no menos de seis (6) meses de antelación”.
(El subrayado y negrilla es nuestro)

De lo anterior, se puede inferir que los aportes voluntarios obedecen a la intención del aportante de “incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado. De la misma manera, la norma estipula que los aportes voluntarios podrán retirarse solicitándolo con 6 meses de anticipación a la administradora que corresponda.

En el mismo sentido se encuentra lo contemplado en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1833 de 2016¹², el cual le da la posibilidad a aquellos afiliados que hayan efectuado aportes voluntarios al Fondo de Pensiones, retirarlos, pero en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.5.3.1. Cotizaciones voluntarias. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.

El empleador por mera liberalidad o de acuerdo con sus trabajadores podrá efectuar periódica u ocasionalmente aportes adicionales en las cuentas de ahorro individual con solidaridad de sus trabajadores. Igualmente podrán acordarse cotizaciones voluntarias o adicionales a cargo del empleador, condicionadas a incrementos en la productividad.

“Las cotizaciones voluntarias podrán retirarse previa solicitud del afiliado con no menos de seis (6) meses de antelación.” (subrayado fuera del texto).

En tal virtud, conforme a la anterior disposición se busca incrementar el monto de la pensión por voluntad del afiliado; en esta medida debe entenderse que el inciso 1 del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, se refiere a cotizaciones obligatorias, adicionalmente a lo previsto en el artículo 2.2.5.3.1 arriba transcrito, los aportes voluntarios pueden retirarse previa solicitud del afiliado con no menos de seis (6) meses de antelación.

En este sentido el afiliado tiene de la posibilidad de retirar estos recursos, con sujeción a los plazos definidos en las normas antes citadas.

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

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

¹² Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

Como se puede observar, el Proyecto de Ley de la referencia, viola directamente lo establecido en el párrafo 5 del artículo 48 de la Constitución Nacional que expresamente indica que **“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”** (negrilla fuera de texto) en ese sentido al pretenderse **EL RETIRO PARCIAL DE LOS APORTES VOLUNTARIOS**, les está dando un uso diferente al de destino original, que es el reconocimiento de una prestación económica en el Régimen de Ahorro Individual, creado por la Ley 100 de 1993. Es claro que el destino diferente será el que el aportante le quiera dar a estos aportes voluntarios, que seguramente no tendrá nada que ver con el Sistema General de Pensiones (SGP).

2.1.2. Vulneración del derecho a la seguridad social

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

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

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

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

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

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

2.1.3. Violación del artículo 154 de la Constitución Política

El Proyecto de Ley al conservar los privilegios de **renta exenta** para el retiro de los aportes voluntarios efectuados en virtud del artículo 62 de la ley 100 de 1993, con ocasión del COVID, transgrede el artículo 154¹³ constitucional, por cuanto está creando una exención en una norma que no fue de iniciativa del Gobierno Nacional.

No se debe olvidar que el artículo 154 de la Carta establece expresamente que *"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. Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno. Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado."* (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Al respecto la Corte¹⁴ Constitucional ha manifestado que:

"Sin perjuicio de lo anterior, como atribución privativa del Gobierno Nacional, es claro que su ejercicio excluye la injerencia de cualquier otro órgano en la valoración libre y voluntaria sobre la decisión de regular o de acompañar una iniciativa legislativa que se refiera a temas de su exclusiva competencia, a través de la figura del aval gubernamental. De ahí que, como función exclusiva, su desarrollo depende del examen autónomo del ejecutivo, sin que sea posible que el legislativo

¹³ 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. Lea más: <https://leyes.co/constitucion/154.htm>

¹⁴ Sentencia C-031/17

altere dicha competencia constitucional, ya sea (i) limitando la discrecionalidad con la que opera la posibilidad de presentar proyectos de ley o de proceder a su coadyuvancia; o (ii) trasladando a su favor el uso de esta atribución, en perjuicio del principio de división de las funciones del poder público.

Es tan importante el amparo al carácter privativo y excluyente de la iniciativa gubernamental, en las materias que así se consagra, que su desconocimiento en el trámite de un proyecto de ley conduce a la inexecutable de los actos que se produjeron sin dicho requisito; como también debe producirse el mismo efecto, en protección del principio de división de las funciones del poder público (CP art. 113), como ya se dijo, cuando el legislador pretende modificar o alterar dicha competencia, ya sea cercenando la autonomía con la que se ejerce esa prerrogativa, o trasladando su desenvolvimiento, directa o indirectamente, a una autoridad distinta, incluida el propio Congreso de la República.”

Por todo lo anterior, la expresión comentada resulta desafortunada e inconstitucional.

2.2. Análisis frente a la conservación de los beneficios tributarios con el retiro parcial de los aportes voluntarios de pensiones

Como primera medida, cabe mencionar que mediante el artículo 137 de la Ley 2010 de 2019¹⁵, se creó una Comisión de estudios de beneficios tributarios, así: “*Créase una Comisión de Expertos para estudiar los beneficios tributarios vigentes en el sistema tributario nacional, con el objeto de evaluar su conveniencia y proponer una reforma orientada a mantener los beneficios tributarios que sean eficientes, permitan la reactivación de la economía, fomenten el empleo, emprendimiento y formalización laboral, empresarial y tributaria que se fundamenten en los principios que rigen el sistema tributario nacional*”, por lo tanto, cualquier tipo de beneficio tributario, como exenciones, exclusiones, disminuciones de tarifas de impuestos, zonas especiales, sobrededucciones, entre otros, se deben analizar y proponer con base en el informe que presente esta comisión y el Gobierno nacional determine presentar ante el Congreso de la República para su estudio y aprobación.

No obstante, frente a la propuesta contenida en el artículo 8 en comento, vale señalar que la misma no establece los criterios para determinar la aplicación del beneficio tales como:

1. Un corte o periodo del año 2020 que se considera para efectos de determinar la disminución de ingresos, elemento que resulta fundamental dado que es el punto de partida para la obtención del beneficio, y no se podría predicar que es aplicable hasta el 2022, plazo máximo de aplicación de la medida propuesta.
2. Cuál es el alcance de la disminución de ingresos, que porcentaje o contra qué periodo se comparará.

Esta falencia vulnera los artículos 154 y 338 de la Constitución Nacional, en razón a que delegar en el ejecutivo los elementos fundamentales del beneficio tributario, crea vicios de inconstitucionalidad, tal como la Corte Constitucional lo ha manifestado en diferentes sentencias, para lo cual se trae a colación la Sentencia C-602 de 2015, en el siguiente aparte:

“La Sala considera que la norma demandada incumple con los principios de legalidad y certeza tributaria. En primer lugar, es necesario reconocer que el carácter genérico del precepto impide que haya una determinación elemental de los componentes del beneficio tributario. De hecho, una parte del artículo textualmente entrega al Ejecutivo la posibilidad

¹⁵ Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones.

de 'crear' exenciones sobre cualquier carga impositiva, sin más restricción que las actividades desarrolladas en las cárceles o a favor de los "pospenados", lo que vulnera claramente las competencias indelegables en cabeza del Congreso de la República. La aplicación de una norma de esta envergadura podría terminar por afectar gravemente el sistema jurídico creado por el legislador, ya que en cumplimiento de cualquiera de esas finalidades, el Ejecutivo podría desmontar buena parte de la política fiscal establecida bajo los parámetros de los artículos 150 y 338 constitucionales. Además, aunque su finalidad sea loable, lo cierto es que el artículo 59 (parcial) de la Ley 1709 de 2014 no concreta los elementos mínimos del beneficio tributario que podrán ser 'reglamentados' por el Gobierno. Si bien la norma define tres hechos que serían generadores de la exención así como el sujeto pasivo y el sujeto activo, no establece qué tipo de tributos podrían ser objeto del beneficio y tampoco especifica unas bases para determinar las tarifas que regirían la reducción de la obligación. Esas carencias hacen inviable el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno y conllevan a que la Corte declare la inexecutable del precepto."

3. También se observa un vacío en la disposición al no indicar si los recursos que son materia del reintegro con beneficio fiscal serán los ahorrados a un periodo de tiempo determinado, por ejemplo, al inicio de la pandemia, lo cual debería precisarse dado que, si no se establece este criterio, la disposición presentada en el proyecto de Ley puede ser utilizada como un esquema de abuso fiscal.
4. Igualmente, lo propuesto podría generar discusión cuando indica "Los retiros parciales realizados bajo esta causal no perderán los beneficios tributarios como renta exenta", en razón a que también este tipo de contribuyente pueden realizar aportes voluntarios con cargo a obligatorias, las cuales tiene el tratamiento de ingresos no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de conformidad con el artículo 55 del Estatuto Tributario.

Finalmente y no menos importante, no debería incorporarse esta disposición al ordenamiento jurídico en razón a que se pierde la finalidad por la cual fue creado el artículo 126-1 del Estatuto Tributario, y adicionalmente estos contribuyentes no pagaron impuesto de renta porque lo detrajeron de la base gravable en ese año que utilizaron el beneficio, vulnerando el principio tributario de equidad e igualdad contra aquellas otras personas naturales que si pagaron el impuesto de renta sobre todo su ingreso fiscal en ese mismo periodo gravable.

2.3. Análisis del impacto fiscal del retiro de los aportes voluntarios para pensión

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

Los valores voluntarios que se comprometen también se vuelven necesarios en la proyección de una pensión. Desahorrar algún valor, puede significar una disminución importante de los montos ahorrados al final de la vida laboral de los individuos. El cuadro siguiente muestra el porcentaje de disminución del ahorro al momento de la pensión, tomando en consideración la edad actual del individuo, el número de salarios que se desahorran y la tasa real de rendimientos (en este caso se trata de un hombre, que se pensionaría a la edad de 62 años):

PORCENTAJE DISMINUCION AHORRO			
*TASA 4,04%	# SALARIOS DESAHORRADOS		
EDAD	3	4	5
25	7,3%	9,8%	12,2%
35	5,6%	7,4%	9,3%
45	4,6%	6,1%	7,6%
55	4,1%	5,5%	6,8%
*Tasa resolución 3099 de 2015			

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

Como puede observarse, en términos relativos, los ahorros voluntarios se ven afectados significativamente y también la tasa de reemplazo que repercute en el monto de la pensión. A manera de ejemplo, un hombre de 25 años, que retira 5 salarios de los que devenga actualmente, puede ver disminuidos sus ahorros al final en cerca de 12,2%, y por tanto su mesada pensional caería en ese mismo porcentaje; lo anterior estimando una tasa real del 4,04% (de acuerdo con la Resolución 3099 de 2015¹⁶), sin consideración de bono pensional, sin utilización del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y asumiendo la suficiencia del ahorro.

Más allá de los valores relativos, sobre el capital acumulado total se debe asegurar el pago de intereses consistentemente a una tasa real específica, de lo contrario el valor de la pensión puede verse afectado.

Se puede estimar la afectación en valores absolutos, como se muestra en el siguiente cuadro:

Disminución AHORRO al final, en pesos \$ por cada \$1, desahorrado hoy		
EDAD	*TASA 4,04%	TASA 5,00%
25	\$ 12,0	\$ 16,7
35	\$ 6,1	\$ 7,7
45	\$ 3,1	\$ 3,6
55	\$ 1,6	\$ 1,7
*Tasa resolución 3099 de 2015		

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

Por ejemplo, un hombre de 25 años que desahorra \$1'000.000, al final de su vida laboral puede ver su Ahorro disminuido en cerca de \$12'000.000; lo anterior estimando una tasa real del 4,04%.

¹⁶ Por la cual se determinan las fórmulas para establecer el saldo de una pensión de un salario mínimo legal mensual vigente, la suma adicional a cargo de las aseguradoras previsionales y los parámetros técnicos para calcular una mesada pensional en la modalidad de retiro programado.

Por todo lo expuesto en precedencia, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable y solicita considerar la posibilidad de su archivo, en la medida que: i) el retiro de cesantías para otras finalidades distintas a las contenidas actualmente en la Ley, desnaturalizan su uso, en la medida que no redundan en una real protección para el trabajador; ii) el retiro de los aportes voluntarios para pensión se torna en inconstitucional, por cuanto cambia sin justificación la destinación de los recursos de la seguridad social y vulnera el derecho a la seguridad social y la iniciativa privativa del Gobierno nacional para proponer exenciones tributarias, iii) no tiene en cuenta que cualquier beneficio tributario debe estar acorde al informe elaborado por la Comisión de Expertos para estudiar los beneficios tributarios vigentes y presentado por el Gobierno nacional ante el Congreso de la República, iv) se pierde la finalidad por la cual fue creado el artículo 126-1 del Estatuto Tributario, y, v) desahorrar algún valor, puede significar una disminución importante de los montos ahorrados al final de la vida laboral de los individuos. 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/DGPM/URF/DIAN/OAJ

UJ-2197/20

Proyectó: Andrea del Pilar Suárez Pinto

Con copia a:

Dr. Jesús María España – Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República.

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

Viceministro Técnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

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

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

g0Hm SrwK ErGK 8WCW ABQF /NZ2 /f0=
Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedelectronica.minhacienda.gov.co>