



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

Informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación

En cumplimiento del Decreto 1081 de 2015 artículo 2.1.2.1.14. Publicidad e informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del presidente de la República

Datos básicos					
Nombre de la entidad		Ministerio de Hacienda y Crédito Público			
Responsable del proceso		Direccion de Regulacion Economica de la Seguridad Social			
Nombre del proyecto de regulación		los artículos 2.2.4.4.3 y 2.2.4.4.4 del Decreto Único 2016 Reglamentario por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.			
Objetivo del proyecto de regulación		Reglamentar el paragrafo 4 del artículo 12 de la ley 2010 de 2019, sobre el calculo actuarial por omisión.			
Fecha de publicación del informe		27 de septiembre de 2021			
Descripción de la consulta					
Tiempo total de duración de la consulta		17 dias calendario			
Fecha de inicio		25 de junio de 2021			
Fecha de finalización		10 de julio de 2021			
Enlace donde estuvo la consulta pública		https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-166361%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased			
Canales o medios dispuestos para la difusión del proyecto		Pagina Web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público			
Canales o medios dispuestos para la recepción de comentarios		Correos electrónicos institucionales			
Resultados de la consulta					
Número de Total de participantes		2			
Número total de comentarios recibidos		10			
Número de comentarios aceptados		0	%	0%	
Número de comentarios no aceptados		10	%		
Número total de artículos del proyecto		9			
Número total de artículos del proyecto con comentarios		1	%	11%	
Número total de artículos del proyecto modificados		0	%	0%	
Consolidado de observaciones y respuestas					
No.	Fecha de recepción	Remitente	Observación recibida	Estado	Consideración desde entidad
1	7/07/2021	José de la Cruz Villa Guevara	El Proyecto del Decreto no especifica la metodología o las fuentes de información para la UGPP establecer el ingreso base de liquidación para los trabajadores independientes que hayan dejado de cotizar ni hace referencia a la instancia de notificación y recursos que la persona en un momento determinado pueda interponer para aumentar o disminuir el ingreso base con que le han hecho su cálculo actuarial.	No aceptada	El articulado indica que: "Para el trabajador independientes se entenderá que el Salario de Referencia, corresponden a los ingresos efectivamente percibidos por el periodo omitido, con las deducciones a que haya lugar, para lo cual se podrá aplicar los esquemas de presunción de costos adoptados por la UGPP para las actividades económicas desarrolladas por cuenta propia o mediante la celebración contrato diferente al de prestación de servicios personales, cuando a ello hubiere lugar."
2	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	modificar los artículos 2.2.4.4.3 y 2.2.4.4.4 del Decreto 1833 de 2016, estableciendo la metodología y fórmula para el cálculo de la reserva o cálculo actuarial, lo cierto es que en realidad está ejerciendo función legislativa para la cual no ha sido habilitado.	No aceptada	2.2.4.4.3. del decreto 1833 de 2016, que actualmente se encuentra vigente en la normatividad que rige la materia, en la medida en que no ha sido anulado o declarado inconstitucional, por lo que no se esta ejerciendo una función legislativa.

3	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	<p>La base gravable que pretende reglamentar el proyecto de decreto no se encuentra en la ley, es absolutamente inexistente en la Ley 100 de 1993. Ciertamente, aquí no se sabe cuál es la magnitud o la medición del hecho gravado al cual se le debe aplicar la tarifa para de esa manera determinar el monto de la contribución. No se especifican elementos como el monto del salario a tener en cuenta ni parámetros similares. La ley sólo dice que se hará un "cálculo actuarial", pero no determina cuáles son los elementos que se tendrán en cuenta para hacerlo, ni señala cuál será la base gravable que servirá de parámetro. Este vacío no puede ser regulado vía decreto reglamentario pues el Gobierno Nacional carece de competencia para expedir el presente proyecto de decreto. La Ley 100 de 1993 no señala los elementos mínimos para la determinación de la tarifa, esto es, cuál es el monto o magnitud que ha de aplicarse a la base gravable para determinar el monto que se debe de pagar por el tiempo no cotizado y que estaría a cargo del empleador o caja. Ante este vacío, el decreto reglamentario se encarga de establecer las bases para la fijación de la tarifa a tener en cuenta a la hora de determinar el valor a pagar en un tributo o contribución.</p>	No aceptada	<p>Los cálculos actuariales no son una creación de la ley 100 de 1993, ni una imposición tributaria. En este punto es de recordar que los Decretos 2053 y 2348 de 1974 y el 2247 de 1975, fueron las primeras aproximaciones para la utilización de los cálculos actuariales en Colombia e introdujeron cambios importantes en las bases técnicas que con el tiempo se han ido modificando de acuerdo al comportamiento de variables macroeconómicas del país. Por su parte el Decreto 331 de 1976, es la norma que por excelencia se ha mantenido vigente a través de los tiempos y les da el respaldo jurídico a las entidades de control para efectuar los requerimientos sobre los cálculos actuariales a sus vigiladas. Se dio gran importancia a la revisión y aprobación de los cálculos actuariales por parte de los Organismos de Control. Tal fue el caso de la excepción creada por el parágrafo 2 del Artículo 124 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que las empresas que constituyan las reservas actuariales de conformidad con las normas expedidas por la Superintendencia respectiva, quedaban exentas de constituir Fondos para el pago bonos y cuotas partes de bonos pensionales. Esta misma excepción quedó contemplada en los (Arts. 20 21), del Decreto 1299 de 1994 reglamentario de la Ley 100, al establecer que tratándose de empresas que ingresen a la vigilancia de la Superintendencia respectiva de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 22 del ese Decreto, la empresa podrá acogerse a la excepción acordando un plan de ajuste con la respectiva Superintendencia para la constitución de las reservas actuariales... "La Superintendencia de Sociedades ejercerá dicha función respecto de todas las sociedades que emitan bonos pensionales, siempre y cuando no se encuentren sujetas a la inspección y vigilancia de otra entidad." Es del caso también mencionar que el Numeral 6 del Artículo 86 de la Ley 222 de 1995 y el numeral 21 del Artículo 2º del Decreto 1080 de 1996, normas por las cuales se reestructuró la Superintendencia de Sociedades, impusieron a dicha entidad la función de "Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en los que haya lugar."</p> <p>Finalmente, la Ley 550 de 1999 (artículo 41), y sus decretos reglamentarios 1260 de 2000 y 941 de 2002, relacionadas con la normalización de los pasivos pensionales: dispusieron que la "Superintendencias que ejerzan la vigilancia inspección y control, de la empresa que se encuentre en proceso de reestructuración, autorizará el mecanismo que elija la empresa para la normalización de su pasivo pensional en concordancia con la competencia que tiene el Ministerio de Trabajo para ello. Los acuerdos de reestructuración que se celebren sin la correspondiente autorización carecerán de eficacia jurídica, además, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades autorizar el mecanismo de normalización, cuando físe trate de sociedades no sometidas a control y vigilancia, el cálculo deberá ser aprobado por la Superintendencia de Sociedades."</p>
4					
5	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	<p>Con el proyecto de decreto se pretende establecer que el título pensional mediante el cual el empleador debe trasladar las reservas actuariales por los periodos laborados por el trabajador antes del 23 de diciembre de 1994 y no cotizados al ISS, devengará intereses a cargo del empleador y que estos intereses se capitalizarían año tras año, e incorpora unos elementos absolutamente nuevos como salario, expectativa de vida, etc.</p>	No aceptada	<p>Las reservas derivadas de un cálculo actuarial en el evento son pagos actuariales en el pasado que se deben traer a valor presente. Esta metodología ha sido avalada por la H. Corte Constitucional, mediante abundante jurisprudencia. En este punto es interesante acudir al resumen que se hace en la sentencia T-281/20 sobre las distintas posiciones que ha asumido la jurisprudencia tanto constitucional, como ordinaria.</p> <p>Recuento jurisprudencial frente a la posibilidad de que las semanas trabajadas antes de que la obligación de cotizar surgiera, fueran tenidas en cuenta por el ISS –hoy Colpensiones–</p> <p>En las Sentencias T-410 de 2014 y T-665 de 2015, se argumentó que esa providencia había hecho tránsito a cosa juzgada relativa y, por tanto, que era inaplicable en los supuestos que se estudiaban. Allí se señaló (i) que el análisis en sede de constitucionalidad solo había revisado el cargo relacionado con la vulneración del derecho a la igualdad, pero que no había abordado la lesión que ese mismo precepto causaba frente al derecho a la seguridad social; (ii) que las consideraciones que la sentencia hizo sobre el deber de aprovisionamiento eran accidentales (obiter dicta) y, en consecuencia, no vinculantes; y (iii) que era necesario inaplicar, por inconstitucional, el artículo 33, literal c, de la ley 100 de 1993. Sobre esta base, la Sentencia T-665 de 2015 ordenó al empleador efectuar un cálculo actuarial que pagaría luego a Colpensiones, por los aportes dejados de efectuar cuando no había cobertura del Instituto.</p>

6					<p>Así, desde esta perspectiva, ese mínimo de justicia se logra reiterando las reglas que estableció la Sentencia T-435 de 2014. : "(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 [...]; (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador; (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la "pensión sanción" o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compatibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966; (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas; y (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación [...] o estaría muy cerca de ello" . Así las cosas, para el Ministerio, es inobjetable que los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de sus trabajadores, hayan afiliado a sus trabajadores u omitido la afiliación por falta de cobertura del ISS, están obligados a contribuir con el capital suficiente para la obtención de la pensión de quienes fueron sus empleados.</p> <p>Y ello, porque los empleadores que de conformidad con el artículo 260 del Código del Trabajo y las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, tienen un pasivo con sus trabajadores, que si bien antes de la ley 100 sólo era exigible si el trabajador cumplía con los requisitos estando vinculado al empleador, por virtud de la ley 100 de 1993, se hace exigible si la vinculación laboral se encontraba vigente o se inició con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y su valor, que debió ser provisionado, debe ser trasladado a la administradora del nuevo Régimen pensional a través de un título o un bono, según corresponda, para hacer efectivo, el reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con acumulación de los aportes y recursos, que deben pagar los empleadores privados.</p> <p>Ciertamente los empleadores que no cotizaron porque no existía cobertura del sistema de pensiones, por mandato de la ley 6 de 1945 (artículos 14 y 17) debían "hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios" y por disposición de la ley 90 de 1946, (artículos 72 y 76) tenían la obligación de aprovisionar los recursos necesarios para que estos fueran tenidos en cuenta al momento de reconocer la pensión de vejez.</p> <p>El hecho de no haber existido cobertura del ISS en una época determinada, no extingue el pasivo pensional a cargo del empleador ni lo exonera de responder por su pago, pasivo que representa las cotizaciones correspondientes a los periodos trabajados , si éstas se hubieran realizado. De tal modo que ello se traduce y se vierte en un cálculo actuarial, siempre que la relación laboral se encontraba vigente al 23 de diciembre de 1993.</p>
7					
8	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	Que previo a la expedición del decreto, solicitamos se constituya una mesa técnica financiera en la que el sector bananero pueda proponer ajustes a la fórmula que el Gobierno Nacional pretende establecer para la determinación del cálculo actuarial.	No aceptada	Se han llevado a cabo meses de trabajo con AUGURA y se han proyectado normas para regular la situación especial que la asociación ha alegado en cuanto a que no pudieron llevar a cabo la afiliación de sus trabajadores por la presencia de grupos armados al margen de la ley que le impedian dicha afiliación. En todo caso por tratarse de una caso "especial" debe ser regulado de manera especial, eso no implica que la formulación debe modificarse pues ello haría que se beneficien una gran cantidad de empleadores que no están en las mismas circunstancias de Augura.
9	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	El decreto 1887 de 1997 compilado por el Decreto 1833 de 2016 por cuanto su formulación actual es ilegal e inconstitucional. La derogatoria de este decreto no implica un vacío normativo pues los elementos para la determinación del cálculo actuarial están establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política y en las normas vigentes anteriores a la Ley 100 de 1993.	No aceptada	El decreto no ha sido anulado, ni declarado inconstitucional, por lo cual se encuentra vigente dentro del ordenamiento legal. Haciendo la aclaración que antes de la ley 100 de 1993 ya existía la figura del cálculo actuarial y formulación para realizar el cálculo de reservas matemáticas asociadas a las pensiones
10	7/09/2021	Emerson Aguirre Medina	Abstenerse de establecer los elementos de la contribución parafiscal contenida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 vía decreto reglamentario.	No aceptada	El cálculo actuarial no es una contribución para fiscal, sino un mecanismo para determinar el valor de reserva matemática por los tiempos dejados de cotizar, por un empleador y tenemos facultad con forme a la ley que se regal ente para la creación de las reglas y la modificación de los factores para hacer la cuantificación.

Maria Virginia Jordán Quintero
Firmado digitalmente por MARIA VIRGINIA JORDAN QUINTERO
Fecha: 2021.09.22 16:29:09 -05'00'

Nombre y firma del responsable de la dependencia interna del MHCP o del Jefe Jurídico de la entidad originadora de la norma o quien haga sus veces

Natalia Guevara Rivera

Nombre y firma del Coordinador Jurídico de la dependencia interna del MHCP