



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

---

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

**Radicación interna: 2240**

**Número Único: 11001-03-06-000-2014-00287-00**

**Referencia: Recursos del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales –FONPET.**

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre la posible redistribución de los recursos del Sistema General de Participaciones entregados a las entidades territoriales a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET, desde la vigencia de la Ley 715 de 2001 hasta la expedición del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 2115 de 3 de Octubre de 2012, así como sobre la posibilidad de aplicar la tesis de dicho concepto a los recursos del Sistema Nacional de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías según lo ha sugerido la Contraloría General de la República en el documento de Auditoría del año 2013.

#### I. ANTECEDENTES

El 28 de diciembre de 1999 se expidió la Ley 549 con el fin de buscar mecanismos y recursos para financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales. Dentro de las medidas adoptadas, se creó el denominado Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, en adelante FONPET, sin personería jurídica, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrarlos.

De conformidad con el artículo 2º de la referida ley, sus recursos provienen esencialmente de: i) las transferencias constitucionales a que tienen derecho las

entidades territoriales por el sistema general de participaciones, por los juegos de suerte y azar y por concepto de regalías, ii) los recursos de la Nación asignados por ley, como por ejemplo el impuesto de timbre nacional y iii) una porción de recursos propios de las entidades territoriales como el impuesto de registro e ingresos corrientes de libre destinación.

Según lo dispone el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1308 de 2003, se debe distinguir entre los recursos constitucionales y los nacionales, en el sentido de que los primeros podrán recuperar su destinación original una vez se cubra el pasivo pensional, en tanto que los segundos deben destinarse únicamente a las entidades que no tengan cubierto dicho pasivo.

De acuerdo con la Ley 549 de 1999 el dinero que se gira a las entidades territoriales a través del FONPET, cualquiera que sea su origen, una vez es registrado en sus cuentas individuales, les pertenece. Así, se consolida en cabeza de cada entidad territorial un derecho de contenido patrimonial.

Frente a la distribución de los recursos derivados de las transferencias constitucionales relacionadas con la asignación especial del 2.9% del Sistema General de Participaciones - SGP, el Gobierno Nacional acogió el contenido del concepto No. 2115 de 3 de octubre de 2012 en el que se señaló que las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales no deben ser incluidas en la distribución de la *“Asignación Especial del 2.9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2º de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET”*.

Sin embargo, antes de la expedición de dicho concepto el Ministerio de Hacienda venía aplicando la tesis contraria *“sobre la premisa jurídica de que si bien las transferencias previstas en el artículo 356 de la Carta pueden considerarse recursos exógenos, también son recursos asignados directamente por la Constitución a las entidades territoriales y que, una vez registrados los recursos provenientes de estas fuentes en la cuenta del FONPET, aquellas podían proceder a solicitar la devolución del excedente.”*

De otra parte, la Contraloría General de la República considera que el análisis que la Sala de Consulta hizo frente a los recursos del *Sistema General de Participaciones* debe extenderse a los recursos provenientes del *Sistema General de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías* y que en consecuencia las entidades que tengan cubierto su pasivo pensional no deben ser beneficiarias de la distribución de estos recursos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del FONPET, no comparte la interpretación de la Contraloría por cuanto considera que: i) la extensión de las conclusiones del concepto de la Sala de Consulta No. 2115 a los casos del Fondo Nacional de Regalías y al Sistema General de Regalías no es correcta, pues para estos eventos existen normas legales y reglamentarias especiales que permiten a las entidades territoriales recuperar los recursos una vez cubierto el pasivo pensional y destinarlos a los fines inicialmente previstos en las leyes originarias, como es el caso del artículo 6 de la Ley 549 de 1999; ii) el Ministerio de Hacienda solo participa en la distribución de los recursos que él mismo recauda, en tanto que los demás recursos (como es el caso de los provenientes del Sistema Nacional de Regalías) son competencia de otras entidades como el DNP, el CONPES y algunas agencias recaudadoras, por lo cual el Ministerio no puede decidir o disponer de los dineros que ya reposan en las cuentas de las entidades territoriales; iii) el valor del pasivo pensional y su cobertura son dinámicos por lo cual es posible que una entidad que haya sido beneficiaria de la distribución de los recursos referidos, tenga posteriormente un pasivo inferior o una cobertura superior y iv) según la Ley 549 de 1999, los recursos asignados y registrados en las cuentas de las entidades territoriales les pertenecen y por tal razón el Ministerio, en calidad de administrador del FONPET, no puede hacer redistribuciones ni afectar los registros.

En consecuencia, el señor Ministro formuló las siguientes

#### **PREGUNTAS:**

**1.** *“¿Debe realizarse la redistribución de los recursos ya distribuidos desde la expedición de la Ley 715 de 2001 a las entidades territoriales hasta la expedición del concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012<sup>1</sup>, los cuales fueron registrados contablemente en sus cuentas patrimoniales y consignados en sus cuentas individuales del FONPET o dado que los mencionados recursos son de las entidades territoriales y se realizaron con la normativa vigente se mantiene la distribución?”*

---

<sup>1</sup> “Desde la expedición de la Ley 715 de 2001 hasta que la Honorable Sala de Consulta profirió su concepto 2115 se realizaron veinte (20) distribuciones por un monto total de \$5,1 billones de pesos, los cuales fueron consignados en las cuentas individuales del FONPET de 1134 entidades territoriales, quienes a su vez registraron contablemente en sus cuentas patrimoniales dichos recursos. En dicho periodo se distribuyeron cerca de \$74,8 mil millones a las cuentas individuales de 112 entidades territoriales que contaban con cubrimiento del pasivo pensional antes del concepto 2115 de la H. Sala de Consulta.”

- 2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva y por lo tanto sea procedente la redistribución ¿cuál sería el mecanismo jurídico idóneo para reasignar los recursos, teniendo en cuenta que ya ingresaron a las cuentas individuales de las entidades territoriales?*
- 3. ¿Debe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenar el reintegro al FONPET de los recursos que en algún momento fueron asignados a una entidad territorial por asignación especial del SGP y por el FNR y que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional? En caso afirmativo ¿cuál es el mecanismo jurídico que debe utilizarse para este efecto?*
- 4. ¿Puede el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del FONPET reasignar los Recursos del Fondo Nacional de Regalías y del Sistema Nacional de Regalías, previamente distribuidos con base en las disposiciones legales y reglamentarias que han autorizado la distribución de recursos a entidades territoriales que ya han cubierto su pasivo pensional, sólo a las entidades territoriales que no cuentan con cubrimiento tal y como lo señala la Contraloría General de la República?*
- 5. ¿Pueden disponer las entidades territoriales de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999<sup>2</sup>, incluyendo los correspondientes a la asignación especial del SGP y al FNR y que le fueron abonados cuando no había alcanzado la cobertura, si en alguna oportunidad por efectos de la actualización del pasivo pensional a través del cálculo actuarial obtienen la cobertura de su pasivo pensional?"*

## **II. CONSIDERACIONES**

### **A. Problemas jurídicos planteados**

De conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, la Sala observa que los problemas jurídicos que plantea el organismo consultante

---

<sup>2</sup> "Artículo 3º. (...) En dicho fondo cada una de las entidades poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes."

giran en torno de los efectos y alcances del Concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012, en particular en cuanto a: i) si es posible redistribuir los recursos del Sistema General de Participaciones, ya distribuidos a las entidades territoriales a través del FONPET, desde la vigencia de la Ley 715 de 2001 hasta la expedición del Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 2115 de 3 de Octubre de 2012 y ii) si debe darse aplicación extensiva a la tesis del concepto citado sobre los recursos del Sistema Nacional de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías.

Con el fin de responder a los problemas jurídicos planteados en la consulta, esta Sala encuentra pertinente revisar previamente la posición doctrinaria contenida en el Concepto No. 2115 de 2001 en orden a determinar si debe o no mantenerse. Como se indicó en los antecedentes, en esa oportunidad la Sala entendió que los recursos del SGP eran de carácter nacional, lo que le permitió aconsejar la aplicación del artículo 12 del Decreto 4105 de 2004, según el cual cuando la entidad territorial haya cubierto el 100% del pasivo pensional cesa la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET los recursos de origen nacional previstos en la Ley 549 de 1999. En esa medida, se consideró que las entidades territoriales que alcanzaban la cobertura de su pasivo pensional no debían ser tenidas en cuenta para efectos de la distribución del 2.9% del SGP destinado a ese fin.

Sin embargo, en su consulta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público plantea que esa interpretación no sería correcta pues los recursos del Sistema General de Participaciones no son "de carácter nacional" (de propiedad de la Nación), sino "constitucional" (asignados directamente por la Carta Política a las entidades territoriales) y, en esa medida, no debería aplicárseles el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004. En consideración de dicho organismo, en la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones deben tenerse en cuenta a todas las entidades territoriales, con la diferencia de que aquellas que no tengan cubierto su pasivo pensional deberán destinarlos al FONPET y no podrán darle los demás usos que les permite la ley cuando ese propósito ya se ha logrado.

Para los anteriores efectos, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) El Concepto No. 2115 de 2012, ii) El Sistema General de Participaciones y sus antecedentes, iii) Desarrollo normativo del manejo dado a los recursos que recibe el FONPET del Sistema General de Regalías, iv) El carácter constitucional de los recursos provenientes de Sistema General de Participaciones por oposición al carácter nacional de otros recursos que recibe el FONPET y v) El Sistema General de Regalías.

**B. El Concepto No. 2115 de 2012**

El Departamento Nacional de Planeación consultó a esta Sala sobre la forma en que debe hacerse la distribución de la Asignación Especial del 2,9 % del Sistema General de Participaciones que le corresponde al FONPET, según lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 715 de 2001. En particular, si dicha asignación debía distribuirse entre todas las entidades territoriales que tienen cuenta en el Fondo o solamente entre las que no han logrado la cobertura total de su pasivo pensional. Al respecto, la Sala consideró que la distribución de dicha asignación debía hacerse únicamente entre las entidades que no han logrado cubrir el pasivo pensional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004.

Para mayor comprensión, se transcriben textualmente las inquietudes y las respuestas dadas en dicha oportunidad:

*“a. ¿Se debe incluir en la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9 % del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que según la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplieron con la provisión de sus pasivos pensionales? O por el contrario ¿Se debe excluir la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9 % del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que según la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplieron con la provisión de sus pasivos pensionales?”*

*b. En el evento en que sea posible excluirlas ¿la asignación especial y legal del 2.9 % de los recursos del SGP con destinación específica para el FONPET se debería distribuir únicamente entre las entidades que a la fecha de la certificación del Ministerio de Hacienda no tengan cubiertos sus pasivos pensionales?”*

*Las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales no deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2.9 % del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2º de la ley 715 de 2001 a favor del FONPET; este porcentaje deberá distribuirse únicamente entre las entidades territoriales que no han logrado alcanzar dicho objetivo.*

*c. En el caso en que se deban excluir de dicha base a las entidades territoriales que ya han provisionado sus pasivos pensionales ¿es viable que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - DRESS expida una certificación única sobre las entidades que cumplen con la provisión de sus pasivos*

*pensionales, para efectos de excluirlas de la base de distribución de los recursos de la Asignación Especial del 2.9% del SGP con destino al FONPET?*

*Sí, siempre que respecto de cada entidad territorial se cumplan las condiciones para establecer que se ha logrado la cobertura del 100% del pasivo pensional.*

*d. En caso de que sea procedente incluir en la base de distribución de los recursos de la asignación especial del 2.9% del SGP con destino al FONPET a las entidades territoriales que ya cumplieron con su obligación de cubrir su pasivo pensional, en los términos del Decreto 055 de 2009, ¿cuál sería la destinación de estos recursos por parte de las entidades territoriales?*

*e. En el caso de la hipótesis anterior, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para destinar estos recursos en gastos diferentes a la provisión de pasivos pensionales?"*

*Por sustracción de materia no hay lugar a responder estas preguntas."*

Las respuestas se fundamentaron, como ya se anunció, en lo señalado en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004, según el cual cuando la entidad territorial hubiese cubierto el 100% del pasivo pensional cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET *los recursos de origen nacional* previstos en la Ley 549 de 1999. A lo cual el mismo artículo agrega, que dichos recursos deben ser distribuidos entre las demás entidades territoriales, es decir, entre las que no hubieran logrado cubrir el 100% de su pasivo pensional.

*"Artículo 12. Cesación de obligaciones. Mientras el cubrimiento del pasivo pensional sea inferior al ciento por ciento (100%), la entidad territorial deberá continuar realizando aportes al Fonpet con las fuentes a su cargo previstas en el artículo 2° de la Ley 549 de 1999 y las disposiciones que lo modifiquen o adicionen.*

*Cuando la entidad territorial haya cubierto el ciento por ciento (100%) de su pasivo pensional, cesará su obligación de continuar realizando aportes a Fonpet en relación con las fuentes a su cargo previstas en la Ley 549 de 1999. Dichos recursos podrán ser destinados por la entidad territorial a los mismos fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan su destinación.*

*Asimismo, cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en Fonpet los recursos de origen nacional previstos en la Ley 549 de 1999 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen. Los recursos de origen nacional se distribuirán entre las demás entidades territoriales.*

*En cualquier evento en que se demuestre que la entidad territorial ha asumido nuevas obligaciones pensionales o el monto de cubrimiento del pasivo es inferior al inicialmente previsto, se reiniciará su obligación de realizar aportes al Fonpet y, correlativamente, la Nación reiniciará la transferencia de recursos de origen nacional. Para estos efectos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social, realizará la actualización anual de los cálculos actuariales y la revisión de las reservas existentes.”*

En su momento la Sala no hizo la distinción que hace el organismo consultante entre los recursos considerados de “origen nacional”, por oposición a los que la Constitución ordena transferir directamente a las entidades territoriales y que, en ese orden, no tendrían tal carácter de “nacionales” a efectos de la aplicación de las consecuencias derivadas del artículo 12 del decreto 4105 de 2004. Para determinar si esa aproximación que presenta la consulta es o no adecuada se pasa entonces a revisar la naturaleza de los recursos del SGP y la posibilidad o no de aplicación del mencionado decreto 4105 de 2004.

### **C. El Sistema General de Participaciones y sus antecedentes**

Los artículos 356 y 357 del “Capítulo IV De la Distribución de Recursos y de las Competencias” del “Título XII Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública” de la Constitución, señalaron que la ley debía fijar (i) los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, así como (ii) el denominado situado fiscal, esto es, “*el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que se cedía a los departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen*”, y (iii) la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y la destinación que debía dársele a dichos recursos.

La Ley 160 de 12 de agosto de 1993 reglamentó las transferencias, definió las competencias de las entidades territoriales en la prestación de los servicios de salud, educación, agua potable, saneamiento básico y vivienda, entre otros, y la forma y proporción en la cual se asumía su financiación.

La mencionada ley retomó la definición constitucional para fijar la naturaleza del situado fiscal y a su vez, en el párrafo 1º del artículo 9º, se ocupó de definir el concepto de “*ingresos corrientes de la Nación*” que sirvió de base para el cálculo del situado fiscal según lo dispuesto en la Constitución.

*“Artículo 9º. Naturaleza del situado fiscal. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.*

*Parágrafo 1o. Definición de los ingresos corrientes de la nación. Los ingresos corrientes de la Nación que servirán de base para el cálculo del situado fiscal según los artículos 356 y 358 constitucionales, estarán constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios; no formarán parte de esta base de cálculo los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y los definidos por el artículo 19, de la Ley 6a de 1992 como exclusivos de la Nación en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política. En ningún caso podrán deducirse de los ingresos corrientes para efectos del cálculo del situado fiscal las rentas de destinación específica autorizadas por el artículo 359 constitucional.”<sup>3</sup>*

Los artículos 356<sup>4</sup> y 357<sup>5</sup> de la Constitución que se analizan, fueron modificados por el Acto Legislativo 1 de 30 de julio de 2001 que entró en vigencia el 1º de enero de 2002. Mediante esta reforma se suprimió el situado fiscal –cesión que hacía la Nación a los departamentos y distritos de un porcentaje de sus ingresos corrientes-, y se creó el Sistema General de Participaciones de los

<sup>3</sup> En el año de 1995 se expidió el Acto Legislativo No. 1 que modificó el artículo 357. El cambio consistió esencialmente en: i) acortar el plazo previsto en el artículo modificado para el incremento gradual de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, del año 2002 al 2001, ii) permitir a los municipios, a partir del año 2000, destinar libremente para inversión o para otros gastos hasta un 15% de los recursos que percibirían por concepto de participación, iii) establecer un periodo de transición para los años 1995 a 1999 inclusive, para que los municipios destinaran libremente para inversión o para otros gastos un porcentaje máximo de los recursos de participación según la categoría del respectivo municipio que iniciaba en el primer año -1995- hasta en un 25% y finalizaba – año 1999- en el 5% según la categoría de los municipios y iv) definir que el porcentaje de la participación de los municipios fuera creciente iniciando para el año de 1996 con el 50% y finalizando con el 85% en el año 1999.

<sup>4</sup> El artículo 356 de la Constitución ha sido modificado por los Actos Legislativos 2 y 4 de 2007.

<sup>5</sup> El artículo 357 de la Constitución ha sido modificado por el Acto Legislativo 4 de 2007.

departamentos, distritos y municipios. La novedad más relevante radica en incluir a las entidades territoriales, en particular a los departamentos y distritos, como “*destinatarios directos*”, dejando así de ser “*cesionarios*” de estos recursos nacionales.<sup>6</sup> En efecto, dentro del proceso de descentralización, la Constitución debe asignar competencias a las entidades territoriales para lo cual es consecuente en ordenar la transferencia de los recursos necesarios para el efecto, al punto que prohíbe descentralizar competencias sin que previamente se asignen los recursos fiscales suficientes para atenderlas (inciso 9º del Art. 356).

Ahora bien, para implementar esta reforma se expidió la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, cuyo artículo 1º se refirió a la naturaleza del Sistema General de Participaciones en los siguientes términos:

*“Artículo 1o. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley.”<sup>7</sup>*

En consecuencia, los recursos que antiguamente la Nación cedía por disposición constitucional a las entidades territoriales bajo las modalidades de situado fiscal para departamentos y distritos, y de participación en los ingresos corrientes de la Nación en favor de los municipios, actualmente son asignados directamente por la Constitución a todas las entidades territoriales bajo el denominado Sistema General de Participaciones, lo cual implica, como ya se dijo, que son sus titulares directos. Evidentemente estos recursos no son producidos por las entidades territoriales y en esa medida deben ser considerados exógenos, aun cuando no “recursos nacionales”, tal como pasa a revisarse.

#### **D. Desarrollo normativo del manejo dado a los recursos que recibe el FONPET del Sistema General de Participaciones**

El artículo 2º de la Ley 549 de 1999, señaló:

*“ARTÍCULO 2o. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:*

---

<sup>6</sup> Ver concepto de la Sala de Consulta No. 1737 de 18 de mayo de 2006.

<sup>7</sup> Se indicó en el párrafo 1 del artículo 2º de la misma ley que no hacen parte del Sistema General de Participaciones los recursos del Fondo Nacional de Regalías y los definidos por el artículo 19 de la Ley 6a. de 1992 como exclusivos de la Nación, en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política.

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.<sup>8</sup>

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, incluido este último, de acuerdo con el parágrafo del artículo 357 de la constitución política, que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.<sup>9</sup>

3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.<sup>10</sup>

4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.

5. Derogado por el art. 160, Ley 1151 de 2007.

6. A partir del 1o. de enero del año 2000, el veinte por ciento (20%) de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser enajenados para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.

A partir del 1° de enero del año 2000, el veinte por ciento (20%) de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o

---

<sup>8</sup> Debe entenderse derogado por el Acto legislativo No. 1 del 30 de julio de 2001 que crea el Sistema General de Participaciones.

<sup>9</sup> Ídem

<sup>10</sup> Debe entenderse derogado por el Acto Legislativo No. 5 de 18 de julio de 2011 que crea el Sistema General de Regalías.

*adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser enajenadas para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.<sup>11</sup>*

*7. A partir del 1o. de enero del año 2000, el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales.<sup>12</sup>*

*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.*

*10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Unico Nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá entre la nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicionen o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud, de las entidades territoriales.*

*11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.”*

Es importante anticipar que los recursos señalados en los numerales 4, 5, 6 y 11 son los denominados recursos nacionales, tal como se explicará más adelante.

Ahora bien, la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, por la cual se reglamentó el Sistema General de Participaciones, sustituye los numerales 1 y 2 del artículo 2º de la ley 549 de 1999, al dar al FONPET dos tipos de recursos de este sistema:

---

<sup>11</sup> Ver Concepto de esta Sala No. 1598 de 2004, el cual considera que este numeral está derogado tácitamente por la Ley 793 de 2002.

<sup>12</sup> Ver concepto de esta Sala No. 1323 de 2001 y la sentencia C-579 de 2001.

- i) En el parágrafo 2º del artículo 1º se establece que del total de recursos que conforman el Sistema General de Participaciones, previamente se deducirá cada año un monto equivalente al 4% de dichos recursos y que de ese 4% se girará el 2.9% al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, con el fin de cubrir los pasivos pensionales de salud, educación y otros sectores. Se hizo énfasis en que estos recursos deben ser descontados directamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la liquidación anual, antes de la distribución del Sistema General de Participaciones y que el reparto de los mismos se haría por la administración del Fondo.
- ii) En el artículo 78 de la Ley 715 de 2001<sup>13</sup>, modificado por la Ley 863 de 2003, se establece un porcentaje de los recursos de la participación de propósito general en favor del FONPET.

*"Artículo 49. El parágrafo 3º del artículo 78 de la Ley 715 de 2001 quedará así:*

*"Parágrafo 3º. Del total de los recursos de la participación de propósito general, descontada la destinación establecida en el inciso primero del presente artículo, los municipios, distritos y el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia destinarán el cuatro por ciento (4%) para deporte, el tres por ciento (3%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, con el fin de cubrir los pasivos pensionales. (...)"*

De acuerdo con este artículo, del total de los recursos de la participación de propósito general, descontado el 28%, los municipios, distritos y el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia destinarán el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, con el fin de cubrir los pasivos pensionales.

La solicitud de consulta se refiere solamente a la interpretación que hizo la Sala de los recursos señalados en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 715 de 2001, por lo cual se referirá solo a lo que este dispone.

#### **E. El carácter constitucional de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones por oposición al carácter nacional de otros recursos que recibe el FONPET**

---

<sup>13</sup> Ley 715 de 2001, "Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General."

Los recursos dados a las entidades territoriales vía Sistema General de Participaciones, en lo que tiene que ver con el FONPET, coinciden con los que la Ley 549 de 1999 define como transferencias constitucionales.

En efecto, el párrafo 3º del Artículo 2º de la Ley 549 de 1999, hace una distinción entre los recursos nacionales y las transferencias constitucionales. Indica que para el abono en las cuentas de las entidades territoriales de “recursos nacionales” distintos a las “transferencias constitucionales”, es necesario el cumplimiento de las normas que rigen el régimen pensional.

*“PARÁGRAFO 3o. En todo caso para que se abonen a las entidades territoriales recursos nacionales, distintos a las transferencias constitucionales, será necesario que las mismas estén cumpliendo a cabalidad con las normas que rigen el régimen pensional y las obligaciones que le impone esta ley.”*

Del mismo modo el artículo 6º de la Ley 549 en cita dispone que, cuando los pasivos pensionales de una entidad estén cubiertos, los recursos que alimentan el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. También prevé que la posibilidad anterior se suspenda si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto para destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. En todo caso, aclara que los recursos nacionales a que se refiere la ley, -excluye las transferencias constitucionales-, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo. Dice textualmente la norma:

*“Artículo 6o. Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior,<sup>14</sup> no se podrán retirar recursos de la cuenta de cada entidad*

---

<sup>14</sup> Ley 549 de 1999. “Artículo 5o. Transferencia de activos fijos. El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales, proveniente de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 del artículo 2o. de la presente ley. A cambio de estos recursos, se deberán entregar por las entidades territoriales activos fijos que podrán ser administrados en encargos fiduciarios. Dichos activos serán enajenados, en la medida en que se requiera, y los recursos allí obtenidos se transferirán al Fonpet.

*territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en sus Fondos Territoriales de Pensiones o en sus Patrimonios Autónomos o en las reservas legalmente constituidas por las entidades descentralizadas o demás entidades del nivel territorial, se haya cubierto el cien por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial.*

*Cumplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales de Pensiones, en los Patrimonios Autónomos que tengan constituidos o las reservas constituidas por las entidades descentralizadas u otras entidades del nivel territorial, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad.*

*Mientras la suma de estos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones, el Patrimonio Autónomo constituido, las reservas constituidas con ese fin, o con otros recursos.*

*El Fondo Territorial de Pensiones y los patrimonios autónomos constituidos para garantizar pasivos pensionales de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y disposiciones complementarias, podrán administrarse conjuntamente en un patrimonio autónomo único y su administración estará a cargo de sociedades fiduciarias, administradoras de fondos de pensiones.*

*Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. 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 el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo.*

*Los rendimientos financieros que generen los recursos del Fonpet se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales aportantes, a*

---

*Los activos que se entreguen deberán ser enajenables, no se podrán recibir por un monto superior a su valor en libros y, en todo caso, la entidad territorial deberá obligarse a garantizar la liquidez de los mismos en el evento en que ello sea necesario. Además, periódicamente deberá determinarse el valor de mercado de dichos activos y en el evento en que el mismo sea inferior a aquel por el cual se recibió el bien, la entidad territorial quedará obligada a aportar la diferencia en la medida en que ello sea necesario para que los recursos en su cuenta cubran el valor del pasivo pensional de acuerdo con el cálculo actuarial.*

*prorrata del valor de las mismas y en consecuencia se sujetarán a lo previsto en la presente ley.” (Subrayas de la Sala)*

Por su parte el artículo 3º de la Ley 549 de 1999, además de crear el FONPET, señala que las entidades territoriales son las responsables directas de sus pasivos pensionales y dispone que cada una de dichas entidades poseerá una cuenta, cuyos valores registrados les pertenecen y serán complementarios de los recursos que ellas destinen a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios autónomos destinados a garantizar los pasivos pensionales:

*“ARTÍCULO 3o. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase 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, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes 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 excepcionados del Sistema por ley.*

*En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.*

*En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.*  
(Subrayas de la Sala)

Ahora bien, el parágrafo 3º del artículo 2º de la Ley 549 de 1999 fue reglamentado por el Decreto 1308 de 21 de mayo de 2003 (modificado a su vez por el Decreto 2029 de 2 de octubre de 2012). Allí, retomando el criterio de la Ley 549 de 1999,

se dispuso que para efectos de abonos en las cuentas que las entidades territoriales tienen en el FONPET, se debe distinguir entre los recursos nacionales y las transferencias constitucionales.

*Artículo 1°. Requisitos para el abono de recursos nacionales a las cuentas de las entidades territoriales en Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. De conformidad con el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, para que se abonen recursos nacionales distintos a las transferencias constitucionales a las cuentas de las entidades territoriales en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, será necesario que dichas entidades se encuentren cumpliendo con las normas que rigen el Régimen Pensional y las obligaciones que impone la Ley 549 de 1999. Esta condición se acreditará de conformidad con el artículo 67 de la Ley 780 de 2002 y el presente decreto.*

*Parágrafo. Para los efectos del presente decreto se entiende por recursos nacionales **distintos a las transferencias constitucionales** los establecidos en los numerales 4, 5, 6 y 11 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999.<sup>15</sup> (Se resalta).*

Conforme a lo anterior, le asiste razón al organismo consultante cuando señala que existe una diferencia entre las transferencias constitucionales provenientes del SGP y los recursos nacionales o trasladados por la Nación a las entidades territoriales para el cubrimiento del pasivo pensional, de manera que solo a estos últimos resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004 cuando establece que en caso de que la entidad territorial haya cubierto el 100% del pasivo pensional cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET *los recursos de origen nacional* previstos en la Ley 549 de 1999, los cuales a su vez, deben ser distribuidos entre las demás entidades territoriales, es decir, entre las que no han logrado cubrir el 100% de su pasivo pensional.

De este modo, se aclara que los recursos que conforme al Decreto 4105 de 2004 no se incluyen en favor de las entidades que tengan cubierto su pasivo pensional son los de origen nacional señalados en los numerales 4, 5, 6 y 11 del párrafo del artículo 2° de la Ley 549 citada, que en su texto original corresponden a los recursos nacionales provenientes de privatizaciones, un porcentaje de la inversión de los particulares en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación a título de capitalización, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación y el 70% del producto del impuesto de timbre nacional, respectivamente.

---

<sup>15</sup> Modificado por el Decreto Nacional 2029 de 2012. Se eliminó la referencia a la Ley 780 de 2002.

Por el contrario, respecto de las transferencias constitucionales provenientes del SGP aplica lo señalado en el artículo 6° de la Ley 549 de 1999, en el sentido de que una vez cubierto el pasivo pensional de una entidad, los recursos constitucionales que alimentan el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos.

Estos fines, según lo dispusieron los artículos 356 y 357 de la Constitución, son en general, la prestación del servicio de salud, la educación (preescolar, primaria, secundaria y media), y los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. Del mismo modo, en caso de que una entidad territorial *“alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia”* (Inciso 5° del Artículo 357).

Asimismo, las entidades territoriales pueden disponer de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional para complementar los recursos que destinen a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y patrimonios autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 549 de 1999.

En conclusión la Sala debe dar una nueva interpretación a las normas analizadas en el Concepto No. 2115 de 2012, en el sentido de señalar ahora que las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, por ser estas de origen constitucional.

Por tanto frente a los interrogantes que plantea la consulta sobre si debe haber una redistribución de los ingresos del FONPET con base en lo señalado en el Concepto No. 2115 de 2012, la Sala considera que la respuesta es necesariamente negativa. Por lo mismo, tampoco es posible pensar en la aplicación extensiva de dicho concepto al Sistema General de Regalías, frente al cual caben incluso las siguientes consideraciones adicionales.

## **F. El Sistema General de Regalías**

Dado que la solicitud de consulta plantea a la Sala la duda sobre la posibilidad de que se extienda el contenido del concepto No. 2115 de 2012, considera la Sala que no obstante la rectificación, debe hacer algunas precisiones dado que el Sistema General de Regalías tiene una reglamentación especial.

El artículo 360 de la Constitución Política en su texto original señalaba:

*“ARTÍCULO 360. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.*

*La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.*

*Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.”*

A su turno, el artículo 361 disponía:

*“ARTÍCULO 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.”*

Estos artículos fueron desarrollados con la Ley 141 de 28 de junio de 1994 por la cual se creó el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se reguló el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecieron las reglas para su liquidación y distribución, entre otras disposiciones.

Ahora bien, el Acto Legislativo No. 5 del 18 de julio de 2011 modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución:

*“ARTÍCULO 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin*

*perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.*

*Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.”*

*“ARTÍCULO 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. (...)*

*Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.*

*Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional. (...)*

*PARÁGRAFO 1o. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías. (...)*

*PARÁGRAFO 1o. TRANSITORIO. Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso*

*2o del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011. (...)" (Subrayas de la Sala)*

La reforma constitucional en cita creó, a partir del 1º de enero de 2012, el Sistema General de Regalías con un sistema presupuestal propio, diferente del Presupuesto General de la Nación y del Sistema General de Participaciones

Se debe resaltar que a diferencia de lo que sucede frente al Sistema General de Participaciones -en el que la propia Carta Política hace una regulación detallada de la materia-, en el caso del Sistema General de Regalías la Constitución habilita ampliamente al legislador para determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios.

Así, el referido sistema fue regulado en un primer momento por el Decreto Transitorio con fuerza de ley No. 4923 expedido el 26 de diciembre de 2011, cuyo texto fue recogido en la Ley 1530 de 17 de mayo de 2012.

En cuanto al porcentaje que le corresponde al Fonpet de los recursos del Sistema General de Regalías, la Ley 1530 de 2012 dispuso, en concordancia con el artículo 361 de la Constitución, que el 10% del total de los ingresos le pertenece.

La forma en la cual se debe liquidar el porcentaje correspondiente se determinó en los artículos 37 a 44, 59 y 79 de la Ley 1530 de 2012 y en la Ley 1606 de 21 de diciembre de 2012, mediante la cual se liquidó el presupuesto bianual del Sistema General de Regalías -del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014-. Señalaba el artículo 8º de la Ley 1606 de 2012:

*"Artículo 8º. Recursos destinados para Ahorro Pensional Territorial. Los recursos destinados para ahorro pensional territorial contienen los cupos para municipios y departamentos, que son detallados en el anexo indicativo correspondiente y distribuidos.*

*El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial se distribuirá anualmente entre las entidades territoriales que en el año inmediatamente anterior a la vigencia en la cual se hace la distribución, tengan pasivo pensional, según certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a los siguientes criterios: (...)" (Subrayas de la Sala)*

Esta norma indicaba que los recursos del Sistema General de Regalías sólo se debían distribuir entre las entidades territoriales que tuvieran pasivo pensional, sin embargo, la Ley 1744 de 26 de diciembre de 2014 correspondiente al presupuesto del Sistema General de Regalías para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, señaló que las entidades territoriales que tengan cubierto su pasivo pensional podrán financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales con los recursos para el ahorro pensional a que se refiere el artículo 361 de la Constitución. Dice la norma:

*“Artículo 10. Recursos destinados para Ahorro Pensional Territorial. El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial se distribuirá entre todas las entidades territoriales existentes a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior en el cual se programa el presupuesto bienal y que tengan pasivo pensional.*

*Para la distribución de estos recursos, las entidades territoriales se agruparán en: i) un grupo correspondiente a los Departamentos y Distrito Capital y ii) un grupo correspondiente a los Municipios y demás Distritos. A cada uno de estos grupos se asignarán los recursos teniendo en cuenta la participación en el monto total de los pasivos pensionales no cubiertos del respectivo grupo, que se encuentren registrados en el sistema de información del FONPET, según certificaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*Al interior de cada uno de estos grupos, se distribuirán los recursos entre las entidades territoriales, atendiendo los siguientes criterios:*

*1. El 40% de acuerdo a la participación de la entidad territorial en la población total del grupo respectivo, para lo cual se tomarán las proyecciones de población de las entidades territoriales para cada vigencia en que se realiza la distribución.*

*2. El 60% según la pobreza relativa, para lo cual se tomará el grado de pobreza de cada entidad territorial del respectivo grupo, medido con el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), dividido por el NBI nacional.*

*Los criterios señalados en los numerales 1 y 2 de este artículo se aplicarán de la siguiente manera, para cada grupo por separado:*

*a) La participación de cada entidad territorial en la población total de las entidades que conforman el respectivo grupo, se elevará al exponente 40%, obteniéndose el factor de población.*

*b) El NBI de cada entidad territorial en cada grupo respectivo dividido por el NBI nacional se elevará al exponente 60% para tener una medida del factor de pobreza.*

*c) Se multiplicarán para cada entidad territorial en cada grupo respectivo el factor de población y el factor de pobreza. El porcentaje de los recursos del Sistema General de Regalías destinados al ahorro pensional territorial que le corresponderá a cada entidad territorial en cada grupo, será igual al producto de su factor de población y su factor de pobreza, dividido por la suma de estos productos para todas las entidades territoriales que conforman cada grupo.*

*Parágrafo. Con cargo al ahorro pensional territorial de que trata el inciso cuarto del artículo 361 de la Constitución Política y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se podrá financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales; siempre que, de acuerdo con la certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la correspondiente entidad territorial haya cubierto su pasivo pensional.* (Se resalta)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que el Sistema General de Regalías no hace parte del Sistema General de Participaciones ni del Presupuesto General de la Nación. Sus ingresos están destinados entre otros fines, al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, al ahorro para cubrir el pasivo pensional y para inversión.

El sistema tiene un presupuesto independiente y unos criterios de distribución regulados en la Ley 1744 de 2014, según los cuales, el 10% del total de los ingresos del Sistema se destinará al "ahorro pensional". La distribución de ese 10% se debe hacer conforme al artículo 10 de la Ley 1744 de 2014, esto es, entre las entidades territoriales que tengan pasivo pensional con el fin de cubrir dicho pasivo y para las entidades que lo tengan cubierto para financiar el costo de las mesadas pensionales o la constitución de patrimonios autónomos dirigidos a atender compromisos pensionales.

De manera que, en síntesis, el Sistema General de Regalías tiene una regulación constitucional y legal propia que impide hacer una trasposición generalizada de las normas que rigen el Sistema General de Participaciones.

### **III. LA SALA RESPONDE:**

**1.** *“¿Debe realizarse la redistribución de los recursos ya distribuidos desde la expedición de la Ley 715 de 2001 a las entidades territoriales hasta*

*la expedición del concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012<sup>16</sup>, los cuales fueron registrados contablemente en sus cuentas patrimoniales y consignados en sus cuentas individuales del FONPET o dado que los mencionados recursos son de las entidades territoriales y se realizaron con la normativa vigente se mantiene la distribución?*

**2.** *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva y por lo tanto sea procedente la redistribución ¿cuál sería el mecanismo jurídico idóneo para reasignar los recursos, teniendo en cuenta que ya ingresaron a las cuentas individuales de las entidades territoriales?*

**3.** *¿Debe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenar el reintegro al FONPET de los recursos que en algún momento fueron asignados a una entidad territorial por asignación especial del SGP y por el FNR y que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional? En caso afirmativo ¿cuál es el mecanismo jurídico que debe utilizarse para este efecto?*

**4.** *¿Puede el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del FONPET reasignar los Recursos del Fondo Nacional de Regalías y del Sistema Nacional de Regalías, previamente distribuidos con base en las disposiciones legales y reglamentarias que han autorizado la distribución de recursos a entidades territoriales que ya han cubierto su pasivo pensional, sólo a las entidades territoriales que no cuentan con cubrimiento tal y como lo señala la Contraloría General de la República?*

**5.** *¿Pueden disponer las entidades territoriales de los recursos que exceden el cubrimiento de su pasivo pensional, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999, incluyendo los correspondientes a la asignación especial del SGP y al FNR y que le fueron abonados cuando no había alcanzado la cobertura, si en alguna oportunidad por efectos de la actualización del pasivo pensional a través del cálculo actuarial obtienen la cobertura de su pasivo pensional?"*

Todas las entidades territoriales, aun cuando hayan cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales, deben ser incluidas en la base de distribución de la

---

<sup>16</sup> "Desde la expedición de la Ley 715 de 2001 hasta que la Honorable Sala de Consulta profirió su concepto 2115 se realizaron veinte (20) distribuciones por un monto total de \$5,1 billones de pesos, los cuales fueron consignados en las cuentas individuales del FONPET de 1134 entidades territoriales, quienes a su vez registraron contablemente en sus cuentas patrimoniales dichos recursos. En dicho periodo se distribuyeron cerca de \$74,8 mil millones a las cuentas individuales de 112 entidades territoriales que contaban con cubrimiento del pasivo pensional antes del concepto 2115 de la H. Sala de Consulta."

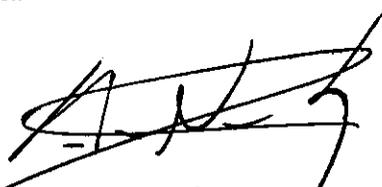
Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2º de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, transferencia cuya condición es de origen constitucional.

En este caso, las entidades territoriales que hayan cubierto su pasivo pensional deberán usar los excedentes de recursos que reciban del SGP para los fines y con las limitaciones señaladas en el artículo 3º de la Ley 549 de 1999.

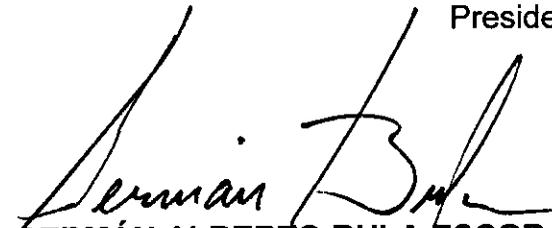
Por lo tanto, no hay lugar a redistribuir los recursos asignados a las entidades territoriales con base en la Ley 715 de 2001, ni tampoco es viable ordenar el reintegro al FONPET de los excedentes que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional.

En cuanto al Sistema General de Regalías, no se pueden extender a este las normas propias del Sistema General de Participaciones, de manera que la asignación de recursos y el uso de excedentes del Sistema General de Regalías debe hacerse con base en su propia normatividad, en particular de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y en la Ley 1744 de 2014.

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



**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**  
Presidente de la Sala



**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**  
Consejero de Estado



**WILLIAM ZAMBRANO CETINA**  
Consejero de Estado



**LUCÍA MAZUERA ROMERO**  
Secretaria de la Sala

1 - DIC. 2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO 20156-047304 DE  
FECHA 1º DE DICIEMBRE DE 2015 - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO  
PÚBLICO