

PASIVO PENSIONAL – Conformación / BONOS PENSIONALES – Concepto / RESERVA MATEMATICA DE PENSIONES – Concepto / CUOTAS PARTES DE BONOS PENSIONALES-Concepto

El legislador de 1999 dejó claro que el pasivo pensional debía “entenderse” como las obligaciones compuestas por los bonos pensionales, el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones. Los bonos pensionales, según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, son aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Las reservas matemáticas de pensiones, entendido como otro concepto que conforma el pasivo pensional, es el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública. Y las “cuotas partes” de los bonos pensionales, son aquellas fracciones que las entidades pagadores de pensiones deben hacerle proporcionalmente a sus ex afiliados con el fin de contribuir a la entidad emisora del bono pensional. Estos tres conceptos son los que definen y delimitan la figura del pasivo pensional,

PASIVO PENSIONAL – Definición. Competencia del legislador no del gobierno nacional. Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria

Cualquier adición que se haga al respecto de las instituciones que conforman el “pasivo pensional”, como los son: los bonos pensionales, reserva matemática de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones, debe hacerlo el mismo legislador y no la autoridad que lo reglamente, pues en ese sentido estaría desbordando las facultades otorgadas a través de la potestad reglamentaria. La definición contiene conceptos y elementos taxativos que no podían ser modificados ni adicionados al reglamentarse la ley, ni siquiera el mismo texto que se reglamenta deja abierta la posibilidad de que el pasivo pensional se pueda entender de otra forma, pues no usó dentro de su definición expresiones como “cualquier otra” o “las demás” obligaciones que permitan representar el valor presente de todas las mesadas futuras que el ente público tendría que reconocer a favor de personas que tengan o vayan a adquirir el derecho pensional, como para que de allí se pudiera establecer un cierto margen de libertad para reglamentar el concepto que estableció el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 549 de 1999.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 055 DE 2009 – ARTICULO 3 INCISO 4, GOBIERNO NACIONAL (NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 120 / LEY 549 DE 1990

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00034-00(0708-09)

Actor: JOSE MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ACCION DE NULIDAD – DECRETO DEL GOBIERNO NACIONAL-

Conoce la Sala en única instancia de la demanda instaurada contra el inciso cuarto del artículo tercero del Decreto 055 de 2009, “Por medio del cual se expiden disposiciones en relación con el Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET”.

DEMANDA

La parte actora, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, solicita a esta Corporación declarar la nulidad del aparte subrayado del inciso cuarto del artículo tercero del Decreto 055 de 2009 que a la letra dice: “El valor del pasivo pensional será igual a la suma de los cálculos actuariales de las entidades territoriales registradas en el Fonpet, incluyendo las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses, a la fecha en que se verifique el cubrimiento del pasivo pensional”.

Alega que con la disposición demandada el gobierno nacional desbordó las facultades reglamentarias toda vez que modifica la Ley 549 de 1999, en cuanto incluye un nuevo concepto en la definición de Pasivo Pensional que en principio consagró el legislador de 1999.

Considera que el hecho de adicionar las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses a la definición de

“pasivo pensional” que en principio consagra la Ley 549 de 1999, vulnera el numeral 11 del artículo 189 Superior toda vez que le es vedado al ente reglamentario modificar, adicionar o ampliar la esencia o el sentido de la ley que reglamenta.

Seguidamente hace un análisis de la forma en que funciona el FONPET, explica el pasivo pensional de las entidades territoriales y el cálculo actuarial de pensiones, y efectúa una confrontación entre el artículo 11 del decreto 4105 de 2004 que determina la forma en que se cubre el pasivo pensional, y la norma acusada, con el fin de demostrar que una y otra tienen el mismo objeto por lo que la permanencia en el mundo jurídico del aparte demandado estaría derogando el Decreto 4105 de 2004.

Advierte que por contener tal concepto dentro de la definición de pasivo pensional que trae la norma acusada, la norma reglamentaria contraría la disposición legal reglamentada y por ende debe declararse su nulidad.

Expone como normas violadas los artículos 189 [11] de la Constitución Política y el párrafo primero del artículo 1º de la Ley 549 de 1999. Desarrolla el concepto de violación en los folios 23 y 24 del expediente.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 19 de noviembre de 2009 (fl. 33) se admitió la demanda, se denegó la solicitud de suspensión provisional y se notificó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto de apoderado, contestó la demanda oportunamente oponiéndose a las pretensiones de la misma. Manifestó que la modificación que, según el demandante, hace el Decreto acusado a la definición de Pasivo Pensional, no es otra cosa que la búsqueda por parte del Gobierno de incluir en dicha normativa la intención que tuvo el legislador de evitar el incumplimiento en la realización de las cotizaciones por parte de los empleadores.

Dice que de acuerdo con la finalidad de FONPET, que no es otra que la de conformar reservas pensionales, no tendría sentido exonerar del deber de realizar aportes a las entidades que han incumplido con sus cotizaciones e intereses, puesto que esta omisión del empleador impide el ejercicio efectivo del derecho a la pensión.

Agrega que excluir de la definición del pasivo pensional los aportes atrasados y sus respectivos intereses, implicaría que el empleador que omitió la cotización se vea beneficiado al no tener que aportar estos dineros al FONPET, de manera que para asegurar financieramente el pago de los pasivos pensionales, se incorporaron dentro de este concepto las cotizaciones no pagadas y sus intereses.

Para sustentar lo anterior cita la normativa pertinente relacionada con la obligación constitucional que tienen el empleado y el empleador de cotizar al sistema general de pensiones y explica la finalidad para la cual fue creado el FONPET.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes esgrimieron los mismos argumentos plasmados en los escritos que soportan sus pretensiones, sin que se evidencien nuevas tesis argumentativas que ameriten un pronunciamiento complementario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo delegado ante el Consejo de Estado, al emitir su concepto, pidió que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer una confrontación normativa entre el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 549 de 1999 con el inciso cuarto del artículo tercero del Decreto 055 de 2009, concluyó que el legislador de 1999 estableció que el pasivo pensional estaba integrado por los bonos pensionales, las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y pensiones, sin que en ningún aparte se establecieran, como parte del pasivo pensional, las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones y sus respectivos intereses.

Advirtió que si bien es cierto que el FONPET se diseñó para atender la difícil situación de las entidades territoriales para cubrir el pasivo pensional a su cargo, ocasionado entre otras por dichos atrasos, no podía el ejecutivo, a través de la reglamentación, cambiar o modificar el sentido de la ley, como lo hizo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al expedir el Decreto 055 de 2009, en cuanto en el inciso cuarto del artículo tercero incluyó un concepto ajeno a la definición de Pasivo Pensional que no consagraba la ley reglamentada.

Para desatar la cuestión litigiosa es menester confrontar las disposiciones reglamentada y reglamentaria, así:

<p>ARTICULO 1o. COBERTURA DE LOS PASIVOS PENSIONALES. Con el fin de asegurar la estabilidad económica del Estado, las entidades territoriales deberán cubrir en la forma prevista en esta ley, el valor de los pasivos pensionales a su cargo, en los plazos y en los porcentajes que señale el Gobierno Nacional. Dicha obligación deberá cumplirse a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, los pasivos pensionales deberán estar cubiertos en un cien por ciento (100%) en un término no mayor de treinta (30) años.</p> <p>Para este efecto, se tomarán en cuenta tanto los pasivos del sector central de las entidades territoriales como los del sector descentralizado y demás entidades del nivel territorial.</p> <p>Para determinar la cobertura de los pasivos, se tomarán en cuenta tanto los recursos existentes en el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley, como aquellos que existan en los Fondos Territoriales de Pensiones, los patrimonios autónomos y las reservas de las entidades descentralizadas constituidos conforme a la ley y reglamentaciones correspondientes.</p> <p>PARAGRAFO 1o. Entiéndase por pasivo pensional las obligaciones compuestas por los bonos pensionales, el valor</p>	<p>Artículo 3°. Cubrimiento del pasivo pensional. Para los efectos del presente decreto se entenderá que una entidad tiene cubierto su pasivo pensional cuando (i) la suma de las reservas constituidas en el Fonpet y las reservas líquidas constituidas en el Fondo Territorial de Pensiones y los demás patrimonios autónomos de la entidad territorial que tengan por finalidad el pago de pasivos pensionales, sean equivalentes al valor del pasivo pensional, en los términos del inciso 4° del presente artículo, y (ii) cuando sus entidades descentralizadas hayan cubierto su pasivo pensional en los términos del inciso 5° del presente artículo.</p> <p>Las reservas constituidas en el Fonpet para cada entidad territorial se obtendrán de la cuenta en Fonpet de la entidad, de acuerdo con el Sistema de Información del Fonpet previsto en el Decreto 4105 de 2004.</p> <p>Las reservas líquidas constituidas en el Fondo Territorial de Pensiones y en los patrimonios autónomos serán certificadas por los administradores del Fondo Territorial de Pensiones o del patrimonio autónomo respectivo. Las reservas líquidas deberán corresponder a inversiones admisibles de los Fondos de Pensiones Obligatorias y serán certificadas a precios de mercado.</p> <p><u>El valor del pasivo pensional será igual a la suma de los cálculos actuariales de las entidades territoriales registradas en el Fonpet, incluyendo las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos</u></p>
---	--

<p>correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones.</p> <p>PARAGRAFO 2o. Para efectos de esta ley, las reservas constituidas por las entidades descentralizadas, deberán estar respaldadas en todo momento por activos liquidables.</p>	<p><u>intereses, a la fecha en que se verifique el cubrimiento del pasivo pensional,</u> adicionados en una provisión del cinco por ciento (5%) para gastos de administración y un veinte por ciento (20%) para desviaciones del cálculo actuarial y contingencias.</p> <p>En relación con las entidades descentralizadas de las entidades territoriales, se entenderá que estas tienen cubierto el pasivo pensional cuando hayan adoptado un mecanismo de normalización de pasivos pensionales, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 39 de la Ley 1151 de 2007 y las demás normas legales y reglamentarias previstas en dicha disposición. La entidad territorial deberá acreditar la normalización del pasivo pensional de sus entidades descentralizadas.</p> <p>Para el retiro de los recursos de la cuenta en Fonpet de la entidad territorial, que excedan los montos señalados en el presente artículo, se aplicará el procedimiento previsto en el Decreto 4105 de 2004, así como la destinación señalada para los mismos en dicho decreto.</p>
--	---

La inconformidad del demandante radica en la modificación que el decreto demandado le hizo a la ley reglamentada en el sentido de adicionar la definición de lo que se debía entender como pasivo pensional a la luz de la Ley 549 de 1999, como quiera que a lo dicho por la norma reglamentada se le sumaron las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses.

Según se observa, el legislador de 1999 dejó claro que el pasivo pensional debía “**entenderse**”¹ como las obligaciones compuestas por **los bonos**

¹ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es “1. Tener idea clara de las cosas. 2. Saber con perfección algo.

pensionales, el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones.

Para mayor claridad respecto de la decisión que se tomará a través de esta providencia, se dirá que los bonos pensionales, según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, son aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Y según la sentencia C-611/96, “La función de los bonos pensionales es la de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.”

Y en la misma sentencia, precisó la Corte:

“En los bonos pensionales no se están recaudando ni colocando nuevos recursos, sino estableciendo el valor de una obligación que se hará exigible el día en que se tenga derecho a la pensión. Los bonos pensionales si bien guardan la misma entidad formal con los instrumentos de deuda pública interna, no es menos cierto que ellos son aportes cuyos fines tienden a darle viabilidad financiera al sistema general de pensiones.”

Por otra parte, las reservas matemáticas de pensiones, entendido como otro concepto que conforma el pasivo pensional, es el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública.

Y las “cuotas partes” de los bonos pensionales, son aquellas fracciones que las entidades pagadoras de pensiones deben hacerle proporcionalmente a sus ex afiliados con el fin de contribuir a la entidad emisora del bono pensional.

Así lo dispuso el artículo 120 de la Ley 100 de 1993:

ARTÍCULO 120. CONTRIBUCIONES A LOS BONOS PENSIONALES. Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente. El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono.”

Estos tres conceptos son los que definen y delimitan la figura del pasivo pensional, luego cualquier adición que se haga al respecto de las instituciones que conforman el “pasivo pensional” debe hacerlo el mismo legislador y no la autoridad que lo reglamente, pues en ese sentido estaría desbordando las facultades otorgadas a través de la potestad reglamentaria.

El Presidente de la República, con base en las facultades consagradas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política profirió el Decreto 055 de 2009, por medio del cual se expidieron disposiciones relacionadas con el FONPET, que fue creado por la Ley 549 de 1999, entre las cuales se dejó establecido lo que debía entenderse por “pasivo pensional”.

Como se vio, el pasivo pensional se conforma por los tres aspectos que estableció la Ley 549 de 1999, a saber:

- **Los bonos pensionales,**
- **El valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y**
- **Las cuotas partes de bonos y de pensiones.**

En consecuencia, al establecer unos parámetros y delimitaciones y haciendo énfasis en que la figura de pasivo pensional debía “entenderse” del modo en que lo fijó el legislador, a este debía ceñirse el gobierno nacional para efectos de desarrollar el concepto en mención y a partir de allí, atendiendo las diferentes circunstancias previstas en la norma, proceder a su reglamentación.

En las anteriores condiciones, considera la Sala que el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en cuanto lejos de establecer la forma en que se cubriría el pasivo pensional, procedió a modificar el sentido y la definición que el legislador le dio en un principio.

Al establecer otro “concepto” o circunstancia, a la definición de Pasivo Pensional, cual es la de incluir las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses, el ejecutivo invadió una órbita que sólo le corresponde al legislador, lo que se traduce en una extralimitación de su facultad reglamentaria.

Ahora, manifestó el ejecutivo al momento de ejercer su defensa que la razón de incluir las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones era impedir que se excluyera del pasivo pensional el deber de realizar aportes a las entidades que han incumplido con sus cotizaciones e intereses, puesto que esta omisión del empleador truncaba el ejercicio efectivo del derecho a la pensión.

A pesar de la intención expuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se reitera que la facultad reglamentaria no puede **introducir modificaciones a leyes preexistentes o adicionar las leyes sustantivas con situaciones no previstas por el legislador.**

Al respecto dijo esta Sección, que “desde el punto de vista jurídico, la interpretación de las normas debe limitarse **a lo que explícita o implícitamente esté comprendido en su contenido y no puede deducirse lo que no se desprende natural y lógicamente del mismo**”.²

Analizado el contexto que rodea la expresión demandada, se llega a la conclusión de que en este caso se introducen modificaciones sustanciales a la estructura de la ley reglamentada, pues el decreto demandado modifica la definición que el legislador previó para el Pasivo Pensional.

Ahora, ya la Sección Segunda ha precisado³ que el Gobierno en ejercicio de sus facultades reglamentarias no se limita a repetir el texto de las leyes sino que sus reglamentos gozan de un margen amplio de regulación, de manera que hagan efectiva y eficiente la ley.

Empero, el marco de referencia que tenía el Gobierno para expedir normas relacionadas con el Fondo de Pensiones de Entidades Territoriales FONPET, y la forma en que se debería cubrir el pasivo pensional en las entidades territoriales, era precisamente la definición que había establecido el legislador cuando en el

² Sentencia del 14 de mayo de 2009, expediente 1478-06, actor: Jorge Mario Benítez Pinedo y otro. C.p. Luis Rafael Vergara Quintero.

³ Ver entre otras, sentencias del 2 de abril de 2009, expediente No. 9901-05, actor: CRISTIAN ALBERT USCÁTEGUI SÁNCHEZ, C.p. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; 3 de marzo de 2005, expediente 5427-02, actor: Nixon José Torres Carcamo, C.p. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, entre otras.

parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 549 de 1999, estableció: “PARAGRAFO 1o. Entiéndase por pasivo pensional las obligaciones compuestas por los bonos pensionales, el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y de pensiones.”

Nótese que la definición contiene conceptos y elementos taxativos que no podían ser modificados ni adicionados al reglamentarse la ley, ni siquiera el mismo texto que se reglamenta deja abierta la posibilidad de que el pasivo pensional se pueda entender de otra forma, pues no usó dentro de su definición expresiones como “cualquier otra” o “las demás” obligaciones que permitan representar el valor presente de todas las mesadas futuras que el ente público tendría que reconocer a favor de personas que tengan o vayan a adquirir el derecho pensional, como para que de allí se pudiera establecer un cierto margen de libertad para reglamentar el concepto que estableció el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 549 de 1999.

En las anteriores condiciones, se declarará la nulidad de la expresión demandada en cuanto dispuso: “**incluyendo las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses, a la fecha en que se verifique el cubrimiento del pasivo pensional**”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

DECLÁRASE la nulidad de la expresión “incluyendo las deudas por aportes al Sistema General de Pensiones junto con sus respectivos intereses, a la fecha en que se verifique el cubrimiento del pasivo pensional”, contenida en el inciso cuarto del artículo 3° del Decreto 055 de 2009.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO