



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., diciembre seis (6) de dos mil siete (2007)

Radicación No. 1.867

Número Unico: 11001-03-06-000-2007-00097-00

Referencia: Pago del pasivo prestacional de las Empresas Sociales del Estado. Emisión de bonos pensionales y suscripción de los acuerdos de concurrencia entre la Nación y las entidades territoriales.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar solicita el concepto de la Sala sobre el alcance de la obligación de pago del pasivo prestacional causado en las Empresas Sociales del Estado al finalizar la vigencia de 1993, la emisión de bonos pensionales por parte de la Nación y de las entidades territoriales prevista por el artículo 29 de la ley 1122 de 2007, así como sobre la suscripción de los contratos de concurrencia a que se refiere dicha disposición.

Al efecto hace mención de las distintas clases de bonos pensionales creados por la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, los cuales se expiden cuando ocurre el traslado de una persona de un régimen prestacional a otro. Agrega que de acuerdo con el artículo 42 del decreto 1748 de 1995 el bono será emitido por el último empleador o entidad pagadora de pensiones; si hubiere varios, por aquél con quien el trabajador tuvo una vinculación más larga; en caso de igualdad, por el que tenga el menor código según el artículo 18 de dicho decreto.

Adicionalmente afirma que a la Nación corresponde la emisión de bonos sólo en los casos regulados por el artículo 121 de la ley 100, esto es, cuando la responsabilidad corresponda al ISS, a Cajanal o a otra caja, fondo o entidad pública sustituidos por el fondo de pensiones públicas a nivel nacional, en relación con lo cual manifiesta que *“Desde este punto de vista la ley no ha previsto la emisión, por parte de la Nación, de bonos pensionales por razón de los contratos de concurrencia que se celebren en desarrollo del artículo 242 de*

la ley 100 de 1993, por lo cual ha surgido duda de cómo debe cumplirse la Ley 1122 de 2007”.

Dice el señor Ministro que en desarrollo de los artículos 33 de la ley 60 de 1993 que creó el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud y 242 de la ley 100 de 1993, el artículo 19 del decreto reglamentario 530 de 1994, modificado posteriormente por el decreto 3061 de 1997, al reglamentar dicho fondo previó que una vez determinada la responsabilidad financiera en el pasivo, se suscribirían los contratos de concurrencia a cuyo cumplimiento el artículo 4 del decreto 3061 condicionó el giro de los recursos de la Nación a través del Fondo del Pasivo o la expedición de títulos o bonos de valor constante. Del mencionado reglamento transcribe los apartes relativos a la expedición de estos bonos, incluida la determinación de sus características (arts. 19, 20, 22, 25 y 30).

Afirma que “De este modo, la regulación que se expidió en desarrollo de la ley 60 y de la ley 100 previó la existencia de unos contratos de concurrencia, los cuales tenían por propósito el reconocimiento de una obligación y la definición de los mecanismos mediante los cuales esta obligación se iba a atender. Así mismo, para efectos del pasivo a cuya financiación debían contribuir las entidades territoriales y la Nación, se previó la posibilidad de emitir títulos para el efecto (Bonos de Valor Constante) y se contempló obviamente que dentro del pasivo a financiar se encontrarían los bonos pensionales “emitidos por las instituciones de salud”. No sobra destacar que a la Nación no le correspondía ni le corresponde emitir bonos pensionales de las instituciones de salud, porque no se trata de sus servidores ni de bonos pensionales que de acuerdo con la ley deba emitir”.

Manifiesta que al momento de entrar en vigencia la ley 1122 de 2007 la única entidad que podía llegar a expedir bonos pensionales respecto del pasivo a que se refería el artículo 242 de la ley 100 de 1993 y los artículos 61, 62 y 63 de la ley 715 de 2001 era la respectiva institución de salud, mientras que la Nación podía emitir los Bonos de Valor Constante para garantizar el pago de la deuda prestacional a su cargo, pero no los bonos pensionales que les corresponde emitir a las instituciones de salud para sus trabajadores.

Con fundamento en lo explicado formula los siguientes interrogantes:

“1. A qué bonos pensionales se refiere el párrafo del artículo 29 de la ley 1122 de 2007, se trata de los títulos que servirían como mecanismo de financiación, Bonos de Valor Constante, BVC?”

2. Si se trata de los títulos como mecanismo de financiación o Bonos de Valor Constante, BVC, a partir de la ley su expedición se convirtió en obligatoria para la Nación y las entidades territoriales, o por el contrario puede la Nación girar recursos para pagar el pasivo a su cargo previo el cumplimiento de los trámites correspondientes, esto es, la suscripción del contrato de concurrencia?”

3. Para efecto de la emisión de los Bonos de Valor Constante, BVC, o para el pago es necesaria la suscripción del convenio de concurrencia?”

CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta formulada y con el fin de determinar el alcance del artículo 29 de la ley 1122 de 2007 estima la Sala necesario hacer claridad sobre el régimen de atención del pasivo prestacional de las Empresas Sociales del Estado y en particular sobre la obligación de emisión de bonos pensionales por parte de la Nación, así como sobre la relación de los contratos de concurrencia que deben celebrarse con las entidades territoriales con la constitución de las reservas necesarias para el pago del pasivo pensional.

1. Fondo para el pago del pasivo prestacional de las Empresas Sociales del Estado y Bonos Pensionales

El artículo 29 de la Ley 1122 de 2007 “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, es del siguiente tenor:

“CAPITULO V.
DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.
(.....)
ARTÍCULO 29. DEL PASIVO PRESTACIONAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. **En concordancia con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los entes territoriales departamentales firmarán los contratos de concurrencia y pagarán el pasivo prestacional por concepto de cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales, causadas en las Empresas Sociales del Estado al finalizar la vigencia de 1993.**

PARÁGRAFO. *Concédase plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las entidades territoriales departamentales emitan los bonos pensionales respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno Nacional y el ente territorial departamental. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo será sancionado como falta gravísima”.*

Este precepto define el esquema de atención del pasivo prestacional de las Empresas Sociales del Estado, así:

(i) Establece la atención del pasivo en “concordancia” con el régimen legal previsto en el artículo 242 de la ley 100 de 1993 y en los artículo 61, 62 y 63 de la ley 715 de 2001, que definen la forma de determinar la responsabilidad

financiera de los distintos partícipes y la suscripción de convenios de concurrencia;¹

¹ ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantías del sector salud que a la vigencia de esta Ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en esta, será asumido por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma Ley.

A partir de la vigencia de la presente Ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

En el caso de que las instituciones a que se refiere el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y para los efectos allí previstos, estén reconociendo por un régimen especial un sistema pensional distinto del exigido por la entidad de previsión social a la cual se afilien o se encuentren afiliados los trabajadores correspondientes, la pensión será garantizada por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, hasta el momento en que el trabajador reúna los requisitos exigidos por la entidad de previsión y los diferenciales de pensión serán compartidos y asumidos por el Fondo, las entidades territoriales y la mencionada entidad provisional, en la proporción que a cada cual le corresponda.

Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993.

ARTÍCULO 61. FONDO DEL PASIVO PRESTACIONAL PARA EL SECTOR SALUD. Suprímase el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993. En adelante, con el fin de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho Fondo y de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se hará cargo del giro de los recursos, así:

61.1. Al encargo Fiduciario o Patrimonio Autónomo constituido por la entidad territorial para el pago de las mesadas y bonos pensionales de las Instituciones de Salud, de conformidad con el Decreto 1296 de 1994.

61.2. A las entidades administradoras de pensiones o cesantías a las cuales se encuentren afiliados los servidores públicos.

61.3. A los fondos de que trata el artículo 23 del Decreto-ley 1299 de 1994 o a los fideicomisos a que se refiere el artículo 19, numeral 3 del mismo Decreto.

ARTÍCULO 62. CONVENIOS DE CONCURRENCIA. Para efectos de los convenios de concurrencia, los cuales deberán ser suscritos a partir de la vigencia de la presente ley por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se continuarán aplicando los procedimientos del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá establecer, en concertación con el ente territorial, las condiciones para celebrar los convenios de concurrencia y el desarrollo de los mismos y de los que se encuentren en ejecución, para lo cual podrá verificar el contenido de los convenios suscritos y ordenará el ajuste a las normas sobre el particular.

(ii) Impone como obligación previa, la necesidad de suscripción de los contratos de concurrencia y de pago del pasivo prestacional, reiterando los factores que componen el pasivo, esto es, el causado por concepto de “cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales”;

(iii) Establece una segunda obligación, para ser cumplida en el término de un año a partir de la vigencia de la ley (Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007), consistente en la emisión de “los bonos pensionales respectivos”, para lo cual debe guardarse la debida concordancia con los contratos de concurrencia que previamente hayan suscrito el Gobierno Nacional, las entidades territoriales departamentales y las empresas sociales del Estado, como quiera que en ellos ha de plasmarse la responsabilidad financiera de cada cual en la atención del pasivo.

Debido a la relación que la norma establece con otras disposiciones legales y reglamentarias que deben tenerse en cuenta para su cumplimiento, procede la Sala a analizarlas en forma cronológica con el fin de precisar el alcance de las obligaciones impuestas.

a. Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993. La ley 10 de 1990 “*Por la cual se reorganiza el sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, dispuso en su artículo 35:

“Artículo 35. Prestaciones Sociales y Económicas. A partir de la vigencia de la presente ley, prohíbese a todas las entidades públicas y privadas del Sector Salud, asumir directamente las prestaciones asistenciales y económicas, que estén cubiertas por los fondos de cesantías o las entidades de previsión y seguridad social correspondientes, las cuales, deberán atenderse mediante afiliación a éstas de sus empleados y trabajadores”

En desarrollo de esta previsión legal las bases del sistema de atención del pasivo prestacional del sector salud se sentaron con la expedición de la ley 60 de 1993 -“*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá revisar y actualizar en forma periódica el valor de la deuda prestacional, definiendo la responsabilidad de cada uno de los entes que suscribe el convenio de concurrencia.

PARÁGRAFO. Para efectos de lo ordenado en el presente artículo, el Gobierno Nacional definirá la información, condiciones y términos que considere necesarios.

ARTÍCULO 63. ADMINISTRACIÓN. *Los recursos existentes en el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud serán trasladados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera que con cargo a dichos recursos, se efectúen los pagos correspondientes. Así mismo, los demás recursos que por ley se encontraban destinados al Fondo, serán entregados al Ministerio de Hacienda para financiar el pago de los pasivos prestacionales de los servidores del sector salud.*

Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 33 creó un fondo cuenta de la Nación, así:

“ARTÍCULO 33. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. Créase el Fondo Nacional para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector salud, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, con las siguientes características:

1. El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2o. del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:² (...”

Adicionalmente la norma determinó que dentro de los beneficiarios del Fondo y por tanto con derecho a exigir el pago de sus pasivos prestacionales, se comprendía a los servidores de las instituciones o dependencias de salud que pertenecían al subsector oficial de salud³. También el mismo artículo 33 en su ordinal tercero estableció los términos en que debían definirse las responsabilidades financieras y la concurrencia:

*“(…)3. **La responsabilidad financiera** para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocida en los términos de la presente ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el gobierno nacional que define la forma en que deberán concurrir la nación y las entidades territoriales, para cuyo efecto*

²Los casos son los siguientes: “a. No afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones. b. Afiliados a entidades de previsión y seguridad social pero cuyos aportes no hayan sido cancelados o hayan sido cancelados parcialmente, excepto cuando la interrupción de los pagos respectivos se haya producido con posterioridad a la vigencia de esta ley, o cuando las reservas se hayan destinado a otro fin. c. Afiliados o pensionados de las entidades de previsión y seguridad social cuyas pensiones sean compartidas con las instituciones de salud, correspondiendo al Fondo el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de la entidad de salud cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones”.

³ Disponía el inciso 2º: “2. **Son beneficiarios del Fondo y tienen derecho a exigir el pago de la deuda de sus pasivos prestacionales, los servidores mencionados en el numeral 1o. del presente artículo que pertenezcan a las siguientes entidades o dependencias del sector salud:** a. **A las instituciones o dependencias de salud que pertenezcan al subsector oficial del sector salud.** b. A entidades del subsector privado del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, y aquellas privadas que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública. c. A las entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública”. (Resalta la Sala)

se tendrá en cuenta la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud de que trata el presente artículo, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades”.

Finalmente la disposición contiene una autorización legal de emisión bonos y otros títulos de deuda pública con el fin de financiar el pago del pasivo, según el parágrafo 2o:

“PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional y los Gobiernos Departamentales, Distritales y Municipales podrán emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública para pagar el pasivo prestacional según reglamento que para el efecto se expida. Los pagos del pasivo prestacional por cesantías y pensiones podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen, (...)” (resalta la Sala)⁴

Nótese que tanto los términos de la definición de la responsabilidad financiera como la regulación complementaria de la emisión de los títulos de deuda, quedan deferidos al reglamento, como se analizará más adelante.

b. La ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, expedida en desarrollo del artículo 48⁵

⁴ En la sentencia C-687/96 de la Corte Constitucional sobre esta norma, se lee: *“El Fondo en cuestión se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993. Además de establecer el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional. Dispone, además, la norma que el pago de los pasivos por el Fondo “podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen ...”*

⁵ **“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. Inciso adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005. (...).”**

de la Constitución Nacional, organizó el Sistema de Seguridad Social Integral, uno de cuyos componentes es el Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determina la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones (art. 5º, 8º y 10).

A su vez, determinó que el Sistema General de Pensiones estaría conformado por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, a saber:

- Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y
- Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Cuando los afiliados al sistema se trasladen del primero al segundo régimen, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales, según lo ordena el artículo 113⁶ de la ley 100⁷.

El artículo 115 de la ley 100, se ocupa de definir en forma expresa los bonos pensionales:

“ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales *constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones* de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

(...)” (Negrillas de la Sala)

⁶ “ARTÍCULO 113. TRASLADO DE RÉGIMEN. Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas: a) Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes; b) Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización”.

⁷ Ver decretos leyes 1299 y 1314 de 1994.

La ley 100 establece textualmente los casos en que los bonos pensionales deben ser expedidos por la Nación – artículos 118⁸ y 119⁹, y especialmente en el artículo 121 que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha”.

De otra parte debe señalarse que la emisión de bonos pensionales y de títulos de deuda pública interna de la Nación, se encuentra autorizada por el artículo 127 de la ley, por el valor que sea necesario para pagar las pensiones a cargo de la Nación, más las obligaciones correspondientes a dichos bonos y a las cuotas partes con las cuales haya de contribuir a los bonos pensionales expedidos por los demás emisores de bonos pensionales

Dice dicho artículo:

“ARTÍCULO 127. TÍTULOS DE DEUDA INTERNA. Autorízase al Gobierno Nacional para expedir los Bonos Pensionales a cargo de la Nación y títulos de deuda pública interna de la Nación, hasta por el valor necesario para pagar las pensiones que queden a su cargo en virtud de lo dispuesto en esta Ley, más las obligaciones correspondientes a dichos bonos y a las cuotas partes con las cuales haya de contribuir a los bonos pensionales expedidos por los demás emisores de bonos pensionales.

⁸ “Artículo 118. Clases. Los bonos pensionales serán de tres clases: a) **Bonos pensionales expedidos por la Nación;** (...)”

⁹ “Artículo 119. **Emisor y contribuyentes.** Los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años. Cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio. En los casos señalados en el artículo 121 de la presente Ley, **la Nación expedirá los bonos a cargo de tales entidades**”. (Negritas de la Sala)

La emisión de los títulos que por la presente Ley se autoriza, sólo requerirá concepto previo de la Junta Directiva del Banco de la República y Decreto del Gobierno Nacional, mediante el cual se señalen las clases, características y condiciones financieras de emisión, colocación y administración de los títulos.

La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá administrar directamente los títulos de deuda pública que por la presente Ley se autorizan. Así mismo, podrá autorizar celebrar con entidades nacionales o extranjeras contratos para la agencia, emisión, edición, colocación, garantía, administración y servicio de los respectivos títulos.

Tales contratos sólo requerirán para su celebración, validez y perfeccionamiento, de la firma de las partes y su publicación en el Diario Oficial, requisito que se entiende cumplido con la orden impartida por el Director General de Crédito Público". (Negritas de la Sala)

También la ley 100 reitera las funciones del Fondo creado por la Ley 60, así:

“ARTÍCULO 242. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD. *El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.*

(...)

Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993. (...)" (Resalta la Sala)

Además de mantener las responsabilidades del Fondo y el principio de concurrencia ya regulados por la ley 60, se destaca el imperativo para las entidades del sector salud de continuar presupuestando y pagando las pensiones mientras se definen los términos de la concurrencia, para así evitar que la falta de los acuerdos ponga en riesgo la protección del derecho a una oportuna percepción.

c. Ley 715 de 2001¹⁰: Mediante el artículo 61 de la ley 715 de 2001 se suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y reiterado por el artículo 242 de la ley 100; en consecuencia se ordenó el traslado de sus recursos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la debida atención de los pagos (art. 63).

¹⁰ *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.*

El nuevo mecanismo previsto para atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación por el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho Fondo y de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, consiste en el giro de los recursos por parte de la Nación - a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - ya sea al encargo Fiduciario o Patrimonio Autónomo constituido por la entidad territorial para el pago de las mesadas y bonos pensionales de las Instituciones de Salud (Decreto 1296 de 1994), a las entidades administradoras de pensiones o cesantías a las cuales se encuentren afiliados los servidores públicos, a los fondos de cuotas partes (art. 23 decreto ley 1299 de 1994) o a los fideicomisos en garantía (art.19, numeral 3).

No obstante haberse suprimido el Fondo, la ley 715 mantiene el principio de concurrencia para efectos de la suscripción de los contratos respectivos en los que se acuerden las correspondientes responsabilidades compartidas de la Nación y las entidades territoriales en la atención del pasivo, para lo cual se da continuidad a los procedimientos que se venían aplicando sobre la manera en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, el sistema empleado para su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse (art. 62).

d. Decreto Reglamentario 306 de 2004 que derogó el decreto **530 de 1994**, (que a su vez había sido modificado por el decreto 3061 de 1997), reguló el procedimiento general para el reconocimiento y pago del pasivo prestacional del Sector Salud causado a 31 de diciembre de 1993.

Es importante recordar que para responder por el pago de sus obligaciones pensionales el artículo 30 de decreto reglamentario 530 de 1994 ya había determinado la denominación y las características de los títulos de deuda pública interna o Bonos de Valor Constante – BVC, entre ellas, la necesidad de incorporar en los mismos *“las obligaciones de hacer pagos de acuerdo con las proyecciones presupuestales y el plan financiero que contenga la forma y los plazos en los que la Nación deberá cumplir con sus aportes”* .

En forma expresa el decreto reglamentario 306 de 2004 (art. 2º) precisa que el pasivo prestacional está constituido en materia pensional por:

- las pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sustituciones pensionales que las entidades beneficiarias tenían a su cargo, siempre y cuando correspondan a derechos adquiridos, sin perjuicio de la obligaciones de las entidades del sector salud de continuar presupuestando y pagando las pensiones hasta tanto se establezcan los términos de la concurrencia a que se refiere el inciso 5o del artículo 242 de la Ley 100 de 1993;
- por las reservas requeridas para el pago de las obligaciones pensionales de trabajadores privados y servidores públicos reconocidos como beneficiarios, la cual estará representada en bonos o títulos pensionales;
- por las reservas requeridas para el pago de bonos o las cuotas partes de bonos de los servidores públicos que prestaron sus servicios en las

instituciones hospitalarias beneficiarias y se encontraban retirados a dicha fecha.

Conforme a lo anterior, los bonos pensionales representan el pasivo que debe ser objeto de atención por las entidades que concurren al pago de la pensión de un determinado trabajador y deben ser emitidos por el empleador o entidad pagadora de pensiones responsable directo de su pago, entre ellos la Nación cuando deba emitirlos conforme a las disposiciones ya analizadas, especialmente cuando se den los supuestos normativos del artículo 121 de la ley 100.

En efecto la persona que a partir del 1° de enero de 1993 se traslade de un régimen prestacional a otro, genera a su favor un bono pensional, de manera que si se traslada a una A.F.P. el beneficiario del Bono es la cuenta individual del afiliado en dicha entidad. Si se traslada al ISS el bono se expide a favor del Instituto pero por cuenta del afiliado. No debe olvidarse que el bono pensional es una especie de “capital de garantía” que solo se hace exigible cuando el afiliado beneficiario cumple los requisitos para su redención.

2. Régimen de atención del pasivo prestacional del sector salud al momento de la expedición de la ley 1122 de 2007 - artículo 29 -

Realizado el anterior recuento normativo acerca de la forma como el Estado debe concurrir al pago de las pensiones y en particular sobre la emisión de bonos pensionales, procede la Sala a precisar el alcance del artículo 29 de la ley 1122 de 2007 por el cual se pregunta en la consulta, con el fin de determinar el significado de la obligación prevista en su parágrafo respecto de la emisión de bonos pensionales por parte del Ministerio de Hacienda y las entidades territoriales.

Para responder el interrogante planteado es necesario tener en cuenta que el régimen de atención del pasivo prestacional del sector salud y particularmente de las E. S. E se caracteriza por operar con base en el **principio de concurrencia**, el cual junto con el de coordinación, por mandato constitucional y legal, orientan la actividad administrativa y las relaciones entre los distintos órdenes o niveles (art. 209, 288¹¹ y 356¹² de la C. P.; ley 136 de 1994, art. 4¹³, ley 489 de 1998, art. 5^o¹⁴).

¹¹ “Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. **Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley**”. (Resalta la Sala)

¹² “Artículo 356. (...)Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.(...)”

¹³ “Artículo 4o. PRINCIPIOS RECTORES DEL EJERCICIO DE COMPETENCIA. Los municipios ejercen las competencias que les atribuye la Constitución y la ley, conforme a los principios señalados en la ley orgánica de ordenamiento territorial y en especial con sujeción a los siguientes. a) **COORDINACIÓN. En virtud de este principio, las autoridades municipales al momento de desarrollar y ejercitar sus propias competencias deberán conciliar su actuación con el principio armónico que debe existir entre los diferentes niveles de autoridad en ejercicio de sus atribuciones;** b) **CONCURRENCIA. Cuando sobre una materia se asignen a los municipios, competencias que deban desarrollar en unión o**

Esta concurrencia prevista inicialmente en la ley 60 de 1993 (art. 33), actualmente está consignada en la ley 100 de 1993 (art. 242), en la ley 715 de 2001 (art. 62) y en el artículo 29 de la ley 1122 cuando ordena a la Nación y a las entidades territoriales suscribir los contratos de concurrencia para el pago del pasivo prestacional allí descrito.

En este orden de ideas el principio de concurrencia debe entenderse desde una doble perspectiva:

La primera, relacionada con la responsabilidad financiera compartida de la Nación y de las entidades territoriales, que se determina siguiendo los procedimientos que inicialmente se previeron con ocasión de la regulación del Fondo de del Pasivo Prestacional del Sector Salud - hoy suprimido, pero que por disposición del artículo 62 de la ley 715 se continúan aplicando para establecer *“la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.”*

El grado, términos y cuantías de la responsabilidad financiera de las entidades territoriales y de la Nación se establece mediante la aplicación de factores objetivos regulados por la ley 715 del 2001 y desarrollados por el decreto reglamentario 306 de 2004, que conforman la base para la celebración de los contratos de concurrencia y necesariamente configuran una etapa previa a la suscripción de los mismos, como en forma expresa lo recoge el decreto reglamentario 306 en su artículo 11:

“ARTÍCULO 11. CONTRATOS DE CONCURRENCIA. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al revisar los contratos de concurrencia en ejecución y suscribir los nuevos contratos según lo establecido en la ley, *determinará la concurrencia para la colaboración a las instituciones públicas de salud a cuyo cargo esté el pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, que fueron reconocidas como beneficiarias del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, de conformidad con las ejecuciones presupuestales de cada institución de los últimos cinco (5) años*

relación directa con otras autoridades o entidades territoriales, deberán ejercerlas de tal manera que su actuación no se prolongue más allá del límite fijado en la norma correspondiente, buscando siempre el respeto de las atribuciones de las otras autoridades o entidades; (...) (Negrillas de la Sala)

¹⁴ **“ARTICULO 5o. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo. *Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.***” (Resalta la Sala)

anteriores al 1o de enero de 1994, tal como lo señala el presente decreto.

Establecida la responsabilidad financiera de cada una de las entidades participantes se firmarán los contratos de concurrencia entre la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los entes territoriales que participan en el pago del pasivo y las instituciones de salud públicas o privadas cuando a ello hubiere lugar. (Destaca la Sala)

La determinación de las responsabilidades financieras tiene la mayor importancia, no solo por cuanto fija la forma como la Nación y las entidades territoriales concurren con las instituciones de salud al pago del pasivo pensional, sino porque mientras no se perfeccione el acuerdo de concurrencia éstas últimas continúan con la responsabilidad de presupuestar y pagar las pensiones a que están obligadas, según lo dispone el inciso 5° del artículo 242¹⁵ de la ley 100 de 1993 y el artículo 10¹⁶ decreto reglamentario 306 de 2004.

La Sala no advierte que del régimen de concurrencia se derive para Nación – como tampoco para las entidades territoriales - la obligación imperativa de emitir títulos de deuda pública interna para garantizar el pago del pasivo pensional, lo que no es óbice para que de todas maneras éstos puedan ser expedidos como un instrumento idóneo para atender la obligación prestacional, aunque anotando que a partir de lo dispuesto por la ley 715 de 2001 para la Nación es más conveniente administrativa y financieramente efectuar directamente los traslados presupuestales necesarios para el pago del pasivo.

Ahora bien independientemente de los cambios en los sistemas que debe utilizar el Estado para atender el pago del pasivo pensional, el artículo 29 de la ley 1122 de 2007 con carácter imperativo le impone al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a las entidades territoriales departamentales la obligación de emitir en un término de un año a partir de la vigencia de la ley, *“los bonos pensionales respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno Nacional y el ente territorial departamental”* para garantizar el pago de las pensiones causadas en las E.S.E. al finalizar la vigencia fiscal de 1993.

El análisis concordado de las disposiciones relacionadas en este concepto, en especial las concernientes a los instrumentos financieros que puede utilizar el Estado para garantizar el pago de su parte en el pasivo pensional, así como el

¹⁵ “Artículo 242. (...) Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993.”

¹⁶ “ARTÍCULO 10. OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD. Las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones de sus trabajadores, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta cuando se suscriba el convenio de concurrencia que establecerá el mecanismo para la financiación del pasivo prestacional causado hasta el 31 de diciembre de 1993, sin perjuicio de que se deba continuar presupuestando y pagando lo causado a partir de dicha fecha con cargo en su integridad a la entidad empleadora.”

significado que desde la ley 100 de 1993 se da a los bonos pensionales que se emiten en favor de los afiliados por los responsables directos del pago de la pensión, permite a la Sala concluir que cuando el párrafo del artículo 29 de la ley 1122 de 2007 hace mención de la obligación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de las entidades territoriales de emitir en el término de un año los bonos pensionales que les corresponden según los contratos de concurrencia, en realidad de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de estos instrumentos financieros, la norma se está refiriendo a los denominados títulos de deuda pública que se deben expedir por quienes participan en el proceso de concurrencia, precisamente para garantizar el pago del pasivo pensional.

De todas maneras la Sala observa que de acuerdo con la práctica administrativa y la forma como operan los convenios de concurrencia es inocuo establecer este tipo de obligaciones, por cuanto a partir de la ley 715 de 2001 para el Estado y para los fines del principio de concurrencia resulta más práctico y conveniente seguir acudiendo a los traslados presupuestales directos.

LA SALA RESPONDE

1. La expresión bonos pensionales contenida en el párrafo del artículo 29 de la ley 1122 de 2007, en realidad se refiere a los títulos de deuda pública que sirven como mecanismo de financiación del pasivo pensional.
2. Aunque en forma antitécnica la norma parece establecer para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la obligación de emitir los títulos allí mencionados, desde el punto de vista legal el Estado conserva la facultad otorgada por la ley 715 de 2001 de efectuar de manera directa traslados presupuestales para atender al pago del pasivo pensional.
3. En este caso excepcional para la emisión de los bonos o títulos de deuda pública es necesario la suscripción previa de los respectivos convenios de concurrencia.

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

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

TATIANA ANDREA ORJUELA VEGA
Secretaria de la Sala

