



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001-03-06-000-2022-00279-00

Referencia: conflicto negativo de competencias administrativas

Partes: Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca), Gobernación del Valle del Cauca, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Asunto: competencia para determinar la autoridad a la cual le corresponde el pago por devolución de aportes por el tiempo durante el cual un pensionado laboró en una institución hospitalaria que carecía de personería jurídica

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido por las decisiones mayoritarias de la Sala de Consulta y Servicio Civil, me permito expresar las razones por las cuales, salvo mi voto frente al asunto de la referencia, en el cual se resolvió declarar competente al departamento del Valle del Cauca, para atender la solicitud de pago por devolución de aportes, presentada por Colpensiones, respecto de la pensión reconocida al señor Carlos Alberto Victoria Carvajal.

En mi criterio, el Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca) es el competente para atender la solicitud de pago por devolución de aportes, al menos, por las razones siguientes:

1. Del expediente se evidencia que el señor Victoria Carvajal estuvo vinculado como director del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca), entre el 12 de marzo de 1979 y el 11 de marzo de 1980; y que, mediante la Resolución GNR 130537 del 2 de mayo de 2016, Colpensiones le reconoció una pensión de vejez.

Según la normativa que regula este tema, para trabajadores de las instituciones de salud retirados¹ hasta el 31 de diciembre de 1993, debió realizarse una reserva destinada a financiar el pasivo pensional² de la ESE.

2. Según el Decreto 586 de 2017³, cuando no se hubiere realizado la reserva, las instituciones de salud deben efectuar un corte de cuentas con el fondo prestacional, el cual da paso a la suscripción de un contrato de concurrencia, para que el pago quede a cargo de las entidades territoriales, en este caso, el departamento del Valle del Cauca, y la Nación⁴.

3. En caso contrario, de no realizar el corte de cuentas, las instituciones de salud deben asumir los pagos correspondientes, al menos, hasta tanto se adelante dicha gestión y, con la misma, se establezca la concurrencia. Así entonces, la institución hospitalaria asume la obligación de responder por el pasivo, al menos, hasta que promueva el procedimiento referido.

4. En el presente caso, no se realizó una reserva para financiar el pasivo pensional del señor Victoria Carvajal, quien se retiró del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca), ahora E.S.E., antes del 31 de diciembre de 1993. A pesar de lo anterior, la institución hospitalaria no ha agotado el trámite dispuesto en el Decreto 586 de 2017.

Por consiguiente, a esa institución hospitalaria le corresponde asumir el pago por devolución de aportes que se reclama, hasta tanto promueva el procedimiento mencionado, tendiente a que el departamento del Valle del Cauca y la Nación, después del corte de cuentas respectivo, concurren en el pago solicitado por Colpensiones.

5. En este punto es preciso aclarar que, el artículo 78 de la Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema de Seguridad Social en Salud, establece, en primer lugar, que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los entes territoriales departamentales firmarán contratos de concurrencia y cancelarán el pasivo prestacional por concepto de cesantías, reserva para pensiones y

¹ Según la Ley 100 de 1993, artículo 242, inciso 5.

² De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 3061 de 1997, artículo 9, ello ocurre cuando el pasivo pensional era incierto, puesto que era exigible sólo cuando los beneficiarios accedieran a su derecho pensional, por haber acreditado los requisitos legales.

³ El procedimiento fue establecido para el cálculo del pasivo pensional del sector salud, generado por el personal retirado a 31 de diciembre de 1993, y supedita la competencia de la Nación y las entidades territoriales a que se suscriba un contrato de concurrencia para financiar el pasivo de los empleados inscritos como «retirados» a 31 de diciembre de 1993. Artículo 2.12.4.4.2 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Hacienda y Crédito Público, adicionado por el artículo 1 del Decreto 586 de 2017.

⁴ Según el parágrafo 2 del artículo 2.12.4.4.4 del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, adicionado por el Decreto 586 de 2017.

pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales, causadas en las instituciones del sector salud públicas al finalizar la vigencia de 1993.

En segundo lugar, el citado artículo refiere el plazo mínimo de dos años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley referida (19 de enero de 2011), para que las entidades territoriales y los hospitales públicos le suministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que le permita suscribir los convenios de concurrencia y emitir los bonos de valor constante respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno Nacional y el ente territorial departamental.

En tercer lugar, el pago de esta deuda no es responsabilidad de las ESE, pues ellas no tenían vida jurídica antes de diciembre de 1993. Para ese entonces eran financiados y administrados por los departamentos y el Gobierno Nacional.

Lo anterior deja en claro que, los concurrentes al pago del pasivo pensional generado por los trabajadores del sector salud retirados a 31 de diciembre de 1993 son únicamente la Nación y los entes territoriales.

6. En este orden de ideas, a pesar de que las instituciones hospitalarias no son sujetos obligados al pago en forma concurrente, **deben cumplir con sus obligaciones** de carácter presupuestal y de pago en calidad de empleadores⁵, con respecto de los empleados certificados como beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, **hasta** que se efectúe el corte de cuentas que permita la suscripción del contrato de concurrencia conforme con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, que establece:

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 (hoy artículo 61 de la Ley 715 de 2001)

7. Entonces, podría afirmarse que, la responsabilidad de pago que deben asumir las instituciones hospitalarias se constituiría en una consecuencia jurídica por la omisión de sus obligaciones. El cumplimiento de ese trámite constituye una obligación legal necesaria para el pago y, desatenderlo, va en detrimento de los beneficiarios de esta prestación social, debido a que les impide acceder al derecho.

8. Lo anterior, en armonía con el Decreto 586 de 2017, según el cual, resulta necesario agotar el procedimiento de que trata ese acto administrativo, destinado al corte de cuentas, para que los recursos sean girados a las instituciones hospitalarias, debido a la necesidad de regular la administración, el giro de recursos y la responsabilidad de las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias,

⁵ Ley 715 de 2011, Sentencia del Consejo de Estado del 21 de octubre de 2010.

ante el incumplimiento de los deberes de enviar información al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social), y las instrucciones establecidas para la ejecución de los recursos, acorde con lo previsto en las normas de carácter legal, el Decreto 586, y demás disposiciones reglamentarias vigentes y aplicables.

9. El procedimiento para el pago del pasivo pensional del sector salud se resume así:

a) Diligenciamiento de un formato por parte de las instituciones hospitalarias para la entrega de información que detalle la relación de las personas por las cuales las instituciones hospitalarias han recibido solicitudes de pago de bonos pensionales, cuotas partes de bonos pensionales, títulos pensionales o cuotas partes pensionales, así como los pagos efectuados a las administradoras de pensiones u otras entidades que han reconocido pensiones.

b) Una vez recibido el formulario, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene 6 meses para revisarlo y validarlo o devolverlo.

c) Si la información es validada, entonces el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expide el acto administrativo para determinar el monto total del pasivo a concurrir por parte de la Nación y la entidad territorial.

d) Una vez efectuada la verificación del valor de la reserva pensional del personal retirado a 31 de diciembre de 1993, la Dirección General de Regulación Económica de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público procede a la suscripción de los contratos de concurrencia.

e) En los casos en que **no se haya efectuado el corte de cuentas, ni suscrito el respectivo contrato de concurrencia se deberá dar aplicación al inciso 5 del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, citado antes.**

f) Una vez suscrito el contrato de concurrencia la Nación y la entidades territoriales girarán los recursos, para que se realice el pago a la entidad que reconoció la pensión.

Es necesario que las instituciones hospitalarias agoten el procedimiento descrito, para que pueda hacerse el desembolso de los recursos.

10. De conformidad con lo expuesto, en mi concepto, es el Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca) el responsable de asumir el pago por devolución de aportes que se reclama, mientras no se surta el procedimiento determinado en el Decreto 586 de 2017, para su liquidación, emisión y redención, y se suscriba un contrato de concurrencia para financiar el pasivo de los empleados retirados. Esto en atención al incumplimiento en el envío de la información requerida para activar el proceso de pago.

Una vez cumplido el proceso y suscrito el contrato de concurrencia, es el departamento del Valle del Cauca el que debe concurrir como emisor y, adicionalmente, participa como contribuyente la Nación con su respectivo cupón a cargo.

11. Así las cosas, la falta de personería jurídica del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca) no influye en la decisión que debió adoptarse, pues no se trata de definir las entidades concurrentes para el reconocimiento y pago del pasivo pensional, ya que, como quedó claro, éstas son el departamento del Valle del Cauca y la Nación. Se reitera que, la competencia en el conflicto de la referencia debió atribuírsele a la ahora E.S.E. Hospital Local de Obando (Valle del Cauca), en razón a su omisión de enviar la información requerida para que los concurrentes puedan realizar el cálculo del pasivo pensional y proceder al pago correspondiente.

12. Con todo, cabe mencionar que, la institución hospitalaria, luego de realizar el pago por concepto de devolución de aportes, puede reportarlo ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 586 de 2017. Por esa vía se habilitaría la posibilidad de obtener el reembolso de lo pagado.

De esta forma, dejo expuestos los argumentos que me llevaron a separarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, sobre la solicitud de pago por devolución de aportes realizada por Colpensiones, respecto de la pensión reconocida al señor Carlos Alberto Victoria Carvajal.

Con toda consideración,

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera

CONSTANCIA: El presente salvamento de voto fue firmado electrónicamente por la consejera ponente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.