



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00521-01 (3657-2019)
Actor: DOLORES MEDINA VILLAQUIRA
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA
Tema: Indemnización sustitutiva de pensión de vejez de vinculación laboral anterior a la Ley 100 de 1993

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Dolores Medina Villaquirá a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA, solicitó se declare la nulidad del siguiente acto administrativo¹:

- Resolución N° 669 del 1° de agosto de 2016 *“Por medio de la cual se resuelve*

¹ Folios 28-34 vuelto. La demanda fue inicialmente interpuesta ante los juzgados administrativos del Circuito de Pereira, siendo asignada al Juzgado Séptimo de dicha ciudad que mediante auto del 25 de agosto de 2017, se declaró incompetente para conocer del proceso en razón de la cuantía por lo que ordenó la remisión a la Oficina Judicial para el respectivo reparto y asignación del expediente al Tribunal Administrativo de Risaralda



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

una reclamación administrativa”, mediante la cual le negó a la demandante la devolución de aportes o indemnización sustitutiva por no haber cotizado al Sistema General de Pensiones.

Como **restablecimiento del derecho**, solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, correspondiente a todos los aportes que se debieron realizar durante su vinculación laboral desde el 1º de junio de 1977 y hasta el 30 de enero de 1988 fecha de su retiro. Pidió también el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con ocasión de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los conceptos salariales a devolver con ocasión de la indemnización sustitutiva de la pensión, según el índice de precios al consumidor IPC; así mismo solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo y que se cumpla la sentencia según el artículo 192 CPACA.

Solicitó a modo de condena secundaria que una vez determinado el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se efectúe la liquidación de los valores a reconocer teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante la relación laboral.

Los **hechos** de la demanda fueron así relatados por el apoderado de la accionante:

La señora Dolores Medina Villaquirá nació el 25 de mayo de 1958 por lo que para la fecha de interposición de la demanda (8 de agosto de 2017) contaba con 58 años de edad. Fue vinculada directamente a la ESE demandada el 1º de junio de 1977 hasta el 30 de enero de 1988 cuando fue retirada, desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería.

Para el año 2017 sólo cuenta con el tiempo laborado en el Hospital San Jorge, donde se hicieron aportes al fondo manejado por la entidad, de allí que no cuenta con más aportes para pensión al no efectuar aportes a otro fondo pensional.

La señora Dolores Medina cuenta con 10 años y 6 meses de aportes al sistema



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

pensional, es decir, al fondo manejado directamente por el Hospital, por lo que a la fecha no cuenta con los 20 años de servicios, ni con las 1.300 semanas de cotización que se exigen en el régimen pensional.

El día 5 de julio de 2016 la accionante solicitó a la entidad hospitalaria, la indemnización sustitutiva por los aportes realizados durante su vinculación laboral, al contar con 58 años de edad, pero no con las semanas ni tiempo de servicios requisitos mínimos para acceder a su pensión de vejez.

La respuesta que dio el hospital está consignada en la Resolución N° 669 del 1° de agosto de 2016, que negó la reclamación presentada argumentando que la entidad nunca efectuó descuentos por dicho concepto con destino a cubrir la contingencia pensional, razón por la cual no hay lugar a indemnizar ni a devolver dineros.

Como **normas violadas** la parte accionante invocó las siguientes preceptivas: los artículos 1°, 2°, 13, 25, 48, 53 y 209 de la Constitución Política; los artículos 13 y 37 de la Ley 100 de 1993; los decretos 1730 de 2001 y 4640 de 2005 (sin citar una norma en particular) y el artículo 10 CPACA.

Como **concepto de violación** adujo el profesional del derecho que apodera a la accionante, con fundamento en las consideraciones consignadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-681 del 26 de septiembre de 2013, que las entidades empleadoras no pueden excusarse en el reconocimiento de una prestación que claramente tuvo que haber previsto durante el transcurso de la relación laboral, que en este caso tuvo la señora Dolores Medina con el hospital accionado, por lo que si no trasladó los aportes los asumió directamente, independiente de que haya hecho aportes o de que se haya realizado descuentos a los pagos por nómina.

En cuanto al derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable, con especial énfasis respecto a la indemnización sustitutiva, adujo la parte



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

demandante que ha sido prolífico el aporte jurisprudencial², motivo por el cual la demandada se equivocó en el acto administrativo acusado al afirmar que no estaba en la obligación de efectuar cotizaciones al sistema pensional, siendo su obligación haberlo.

Destacó que el hecho de que el legislador hubiera previsto que se tendrían en cuenta las semanas laboradas como servidor público o las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, demuestra que el reconocimiento de estas prestaciones funciona bajo la lógica de un sistema programático, en el que prevalecen los principios de integralidad y universalidad.

Según la accionante, se le tenía que haber reconocido la indemnización sustitutiva, pese a que los aportes fueron por periodos de tiempo anteriores a la entrada en vigencia de la ley de seguridad social, toda vez que el acceso a este derecho no depende de si la relación laboral finiquitó antes o después de la entrada en vigencia de dicho régimen, como quiera que su reconocimiento tan sólo surge a favor de la persona cuando habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no cotizó el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de continuar cotizando.

Invocó la causal de nulidad de falsa motivación, por cuanto el acto administrativo que le negó la indemnización sustitutiva, no podía escudarse como lo hizo el hospital, en un error u omisión legal de su parte, toda vez que el hecho de no haberse efectuado descuentos para su pensión durante el tiempo de su vinculación laboral, no la exonera de responsabilidad a la entidad empleadora.

2. La contestación de la demanda

La ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira por conducto de su apoderado, al contestar la demanda respecto de algunos hechos los compartió mientras que otros los negó, al tiempo que se opuso a las pretensiones de la demanda, por lo que pidió fueran desestimadas en su integridad al no asistirle

² Sentencias T-849A de 2009, T-1088 de 2007 y T-972 de 2006



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

derecho en su reclamación, con fundamento en las siguientes razones³:

Afirmó que la institución hospitalaria hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el caso de las entidades territoriales, el hospital Universitario San Jorge de Pereira, actuaba como entidad patronal y entidad aseguradora de sus trabajadores en materia pensional, pero que en ningún momento efectuó descuento alguno a la demandante para esta contingencia, por lo que no le fue afectada su remuneración salarial, por lo que no tiene derecho a que estos dineros le sean devueltos, por la sencilla razón de que no le fueron descontados, tal y como así le fue negado a través del acto administrativo acusado.

Esgrimió que resulta necesario tener presente la diferencia entre la indemnización sustitutiva del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el bono pensional del artículo 115 *ídem*, que se enmarcaría en la situación de la demandante en la medida en que es emitido por las entidades del sector público donde se consolidó el tiempo de servicio prestado y que tiene como finalidad financiar la pensión, una vez el afiliado cumpla con los requisitos de tiempo y edad.

Por tanto, la entidad demandada advirtió que lo solicitado por la accionante al hospital es un imposible a la luz de la legislación vigente ya que, de existir algún derecho económico, sería el de contribuir proporcionalmente según el tiempo servido al reconocimiento de la pensión, no al financiamiento de una indemnización sustitutiva.

Lo anterior por cuanto en criterio de la parte demandada, lo que financia a las indemnizaciones sustitutivas son los tiempos efectivamente cotizados y se hacen efectivos para su devolución una vez se cumple la edad y se manifiesta la imposibilidad de seguir cotizando.

Destacó que, durante la vinculación laboral de la demandante no se le descontó concepto alguno de salud y pensión por tanto no recibió el hospital ningún aporte pensional, motivo por el cual no le está dado reconocer la indemnización sustitutiva reclamada, ya que no se puede devolver lo que no se cotizó.

³ Folios 54-60



Propuso las siguientes excepciones: i) inexistencia de infracción de disposiciones legales, por cuanto la entidad hospitalaria obró conforme el ordenamiento constitucional y legal; ii) cobro de lo no debido en vista de que la demandante no tiene derecho a la reclamación presentada, pues la indemnización sustitutiva se refiere a devolución de dineros descontados con destino a la pensión de vejez, pero el hospital como entidad aseguradora de la pensión, nunca efectuó tales descuentos y, iii) configuración de un enriquecimiento sin justa causa, pues reconocer lo pretendido a pesar de la inexistencia de la cotización, sería hacer entrega de dineros que no ingresaron a la empleadora y que no fueron aportados por la actora, daría lugar al enriquecimiento de la petente y en empobrecimiento de la demandada al devolver dineros que nunca ingresaron a su presupuesto.

El vocero de la parte demandada, pidió llamar en garantía al departamento de Risaralda representado por el gobernador de conformidad con los artículos 64 y 65 Código General del Proceso, con el fin de que sea esta entidad territorial la que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, asuma la condena impuesta con cargo al convenio de concurrencia N° 00858 del 30 de diciembre de 1998.

Mediante Auto del 21 de agosto de 2018 el a quo admitió el llamamiento en garantía que hizo la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira al departamento de Risaralda⁴, entidad territorial que intervino en el proceso en ejercicio de su derecho de contradicción y defensa.

2.1. Contestación de la demanda por parte del llamado en garantía

El departamento de Risaralda por conducto de apoderado judicial, radicó memorial en el que frente a los hechos afirmó que no le constaban y respecto de las pretensiones de la demanda se opuso, al considerar que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prestación solicitada al no cumplir los requisitos legales⁵.

⁴ Folios 67-69

⁵ Folios 73-85



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Afirmó que según los certificados laborales que reposan en el expediente, acreditan que a la señora Dolores Medina Villaquirá no se le realizaron descuentos por aportes a la seguridad social durante el tiempo que laboró para la ESE Hospital San Jorge de Pereira, por tanto, resulta imposible la devolución de saldos que nunca fueron aportados por la demandante.

En todo caso advirtió que en el *sub judice* no aplica la figura procesal del llamamiento en garantía de la que fue objeto la entidad territorial, por cuanto la accionante previa la interposición de la demanda contenciosa, no agotó en debida forma la vía gubernativa como quiera que la Resolución N° 669 del 1° de agosto de 2016 que le negó la indemnización sustitutiva era pasible de la interposición del recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, el cual no fue interpuesto por la interesada, de allí que concurrió a la jurisdicción sin que se hubiera agotado previamente la administrativa.

Deprecó también la extemporaneidad en la interposición de la presente demanda, como quiera que al haber sido notificada personalmente la actora el día 5 de agosto de 2016 de la decisión adversa consignada en el acto demandado, contaba hasta el día 5 de diciembre de dicha anualidad para interponer a acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando lo cierto es que fue radicada el 8 de agosto de 2017.

Propuso los siguientes medios exceptivos: i) falta de agotamiento de la vía gubernativa ahora administrativa; ii) caducidad de la acción según el numeral 2° literal d) del artículo 164 CPACA; iii) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, iv) falta de legitimación en la causa por pasiva en vista de que el departamento de Risaralda no está llamado a responder por un acto administrativo particular expedido por la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, como quiera que la demandante no tuvo vínculo laboral con esta entidad.

3. La audiencia inicial



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

A la audiencia inicial llevada a cabo el día 4 de febrero de 2019 convocada por el Tribunal Administrativo de Risaralda⁶, asistieron los apoderados de las partes en litigio, del llamado en garantía departamento de Risaralda y el agente del Ministerio Público. No declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto la interposición del requisito de reposición contra el acto administrativo demandado, no es un requisito de procedibilidad para concurrir en sede judicial, tampoco accedió a la excepción de caducidad de la acción, ya que en el *sub judice* no es posible aplicar el término de los cuatro meses, pues no obstante la reclamación presentada no tiene el carácter de prestación periódica ni habitual que percibiera la accionante, si se trata de un pago dirigido a reducir las dificultades por la falta de su pensión que la hacen una persona vulnerable, por lo que no está sometida a dicho término. En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y las demás propuestas por la demandada y por el llamado en garantía, advirtió que su análisis se efectuará en el estudio de fondo en la sentencia.

Señaló como fijación del litigio determinar si la señora Dolores Medina Villaquirá tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta: i) los aportes efectuados por su empleador ESE hospital San Jorge de Pereira y, ii) a pesar de que las cotizaciones se efectuaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Igualmente, en caso de salir avante la pretensión principal, se determinará la procedencia del llamamiento en garantía formulado al departamento de Risaralda.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante sentencia del 7 de febrero de 2019 adoptó las siguientes decisiones sin condena en costas a la demandada: i) exoneró al departamento de Risaralda de responder ni de emitir bono pensional; ii) declaró la nulidad de la Resolución N° 669 del 1° de agosto de 2016; iii) condenó a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira a reconocer, liquidar y pagar la indemnización sustitutiva del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 en favor de la demandante, aplicando la fórmula del artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 y, iv)

⁶ Folios 105-112 y CD folio 113



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

negó las demás pretensiones de la demanda⁷.

En cuanto a las excepciones denominadas inexistencia de infracción de disposiciones legales, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas tanto por la demandada como por el llamado en garantía, el *a quo* no las consideró medios exceptivos propiamente dichos, sino que se limitaban a contradecir o negar los hechos de la demanda o los elementos constitutivos del derecho invocado, por lo que las declaró no probadas.

De acuerdo con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 afirmó el fallador de primera instancia, que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones, lo que excluye su destinación a la conformación del capital para liquidar la indemnización sustitutiva, motivo por el que no le asiste la razón a la demandada al considerar que el tiempo laborado por la demandante, deba atribuirse para liquidar el respectivo bono pensional y por ende lograr el reconocimiento de la pensión.

En lo que respecta a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, consagrada en el artículo 37 de la Ley de Seguridad Social Integral, la jurisprudencia tanto de esta corporación como de la Corte Constitucional la consideran como una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, es decir, que solo procede el reconocimiento de la indemnización cuando una persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el mínimo de semanas cotizadas, por lo que el titular tiene derecho a su reconocimiento, aun así el vínculo laboral haya terminado antes de la entrada en vigencia de la legislación en cita.

Descendiendo al caso concreto, el Tribunal Administrativo de Risaralda encontró acreditado que la demandante contaba con 58 años de edad para la fecha de interposición de la demanda en el año 2017, igualmente se acreditó que laboró en la ESE demandada, entre el 1° de junio de 1977 y el 30 de enero de 1988, por lo que completó un total de 547.38 semanas de cotización. Apreció que la actora

⁷ Folios 128-136 vuelto



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

afirmó que se encontraba en imposibilidad de continuar cotizando al sistema pensional, por lo que la única prestación a la que podría acceder es a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Dispuso que no había lugar a emitir por parte de la entidad territorial llamada en garantía, un bono pensional a favor de la demandante, pues la actora fungió como empleada al servicio de la ESE Hospital San Jorge de Pereira, ni fue afiliada ni hizo cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, ni antes ni después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, ni tampoco se afilió a un fondo privado de pensiones, razón por la que no se giró bono pensional a su nombre según el certificado de beneficiarios N° 9 del 17 de septiembre de 1997 expedido por el Fondo del Pasivo Prestacional del departamento de Risaralda.

Respecto del argumento exculpativo de la entidad demandada según el cual, no era procedente la indemnización sustitutiva en la medida en que al no haberse efectuado ningún descuento para dicho riesgo no le fue afectada la remuneración salarial a la ex funcionaria, no fue compartido por la primera instancia.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto la Ley 100 de 1993 estableció que el ISS en su momento, las cajas, los fondos y entidades de seguridad social serían las administradoras del régimen pensional, también lo es que antes de que se ordenara la afiliación obligatoria del sistema general de pensiones a los trabajadores y servidores públicos, los empleadores se encargaban del reconocimiento y pago de las pensiones o de las indemnizaciones.

Por la anterior razón, el Tribunal Administrativo de Risaralda reconoció en favor de la demandante el derecho a la indemnización sustitutiva, con fundamento en la fórmula fijada en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, tomando el promedio del salario base de cotización semanal actualizado conforme al IPC, se multiplica por el número de semanas cotizadas y por el promedio ponderado de porcentajes de cotización, respecto de los aportes efectuados por la afiliada.

Respecto del llamamiento en garantía formulado por la entidad demandada lo declaró improcedente, teniendo en cuenta que en la actuación administrativa



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

demandada, se negó el reconocimiento y pago del bono pensional, única prerrogativa reconocida por el Fondo Pasivo Prestacional del departamento de Risaralda.

Finalmente destacó que la indemnización sustitutiva no prescribe, puesto que se trata de un ahorro que pertenece al trabajador por el tiempo de servicio prestado durante el transcurso de su vida laboral, como garantía para aquellas personas que no pudieron cumplir con los requisitos para acceder a la pensión.

5. Recurso de apelación

La parte demandada interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, en el que solicitó su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos de inconformidad⁸:

La entidad hospitalaria está en imposibilidad de cancelar la indemnización sustitutiva reclamada, en consideración a que esta figura jurídica entró a regir a partir de la expedición de la Ley 100 de 1997, pues antes de dicha legislación, las entidades aseguradoras no hacían descuento en las nóminas de sus trabajadores para obtener recursos con destino a la pensión, por tanto, al no hacer los descuentos al trabajador no se generó un enriquecimiento sin justa causa.

En cuanto a la figura del llamado en garantía el apelante afirmó que se equivocó el Tribunal Administrativo de Risaralda en no atender el llamado en garantía del departamento de Risaralda, con el fin de que en caso dado asumiera las sumas de dinero reclamadas por la demandante a través del contrato de concurrencia N° 00085 del 30 de diciembre de 1998, suscrito entre el Ministerio de Salud, el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud y dicha entidad territorial.

Lo anterior, por cuanto según el *a quo* la indemnización sustitutiva no está prevista en el convenio de concurrencia afirmación que no es compartida por la entidad demandada, como quiera que, según las consideraciones y la cláusula segunda del convenio, el fin de este documento era amparar a los servidores y ex

⁸ Folios 138-146



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

servidores de la salud, de cada una de las contingencias laborales prestacionales que se generaron por el cambio de denominación de las entidades de salud.

Por tanto, para el impugnante en el numeral 3° de la cláusula segunda del convenio 00085 de 1998 está presupuestada la contingencia denominada “Reserva Nacional de Activos”, que incluye los bonos pensionales y, que en el certificado de beneficiarios del Fondo de Pasivo Prestacional del departamento de Risaralda N° 09 del 17 de septiembre de 1997, está incluida en el N° 1095 como beneficiaria, la demandante Dolores Medina Villaquirá en el grupo “*retirados con derecho a bono*”.

En suma, a juicio de la ESE Hospital San Jorge de Pereira en el evento de que a la accionante le asista el derecho reclamado, correspondería el pago a través del contrato de fiducia por lo que sería el departamento de Risaralda como llamado en garantía, el obligado a cancelar las sumas de dinero en razón del contrato de concurrencia suscrito y vigente.

7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

El departamento de Risaralda en su condición de llamado en garantía, recorrió traslado de alegatos de conclusión en segunda instancia, para oponerse a una eventual condena al afirmar que el contrato de concurrencia 000858 de 1998 no opera para el caso de la demandante, que está previsto para el caso del pago de bonos pensionales del personal retirado del hospital San Jorge de Pereira, que siendo así, corresponde al Fondo Nacional para el pago del Pasivo Prestacional de los servidores del sector salud, asumir la deuda reclamada⁹.

De acuerdo con certificación secretarial del 17 de junio de 2020 la parte demandada no presentó alegatos de conclusión y el Ministerio Público no conceptuó de fondo en el presente asunto¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

⁹ Folios 170-172

¹⁰ Folio 179



1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada ante la primera instancia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

2. Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación, la Sala deberá determinar si procede la revocatoria de la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, para en su lugar como lo pretende la entidad demandada, negarle a la señora Dolores Medina Villaquirá el derecho reclamado a la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez, exonerando de dicho pago a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira o, que en caso de prosperar el reconocimiento, corresponda hacerlo al departamento de Pereira en su condición de llamado en garantía.

Con el fin de abordar el problema jurídico se tratarán los siguientes aspectos 2.1. Acto administrativo demandado; 2.2. Marco normativo que regula la indemnización sustitutiva de la pensión; 2.3. Hechos acreditados en el presente caso y; 2.4. Resolución al caso concreto.

2.1. Acto administrativo demandado

Cuyo tenor literal es el siguiente¹¹:

“RESOLUCIÓN N° 0669
(01 de agosto de 2016)

‘Por medio de la cual se resuelve una reclamación administrativa’

EL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL
UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA, en uso de sus facultades
legales y,

¹¹ Folios 8-9



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

CONSIDERANDO

Que la señora DOLORES MEDINA VILLAQUIRA, identificada con cédula de ciudadanía N° xxx de Pereira, mediante petición radicada bajo el N° 2016004881 de fecha 05 de julio de 2016 solicitó la indemnización sustitutiva, por no cumplir con los requisitos para la pensión de vejez.

Que revisada la hoja de vida de la peticionaria, se evidencia que la misma laboró al servicio de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge de Pereira, desde el 01 de junio de 1977 al 30 de enero de 1988 desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería.

Que la indemnización sustitutiva o devolución de aportes es una prestación económica que se reconoce a las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no han cotizado el número mínimo de semanas exigidas y declaran su imposibilidad de continuar cotizando.

Que los términos 'Indemnización Sustitutiva' y 'Devolución de aportes', son términos aplicables, el primero en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra el Fondo Público de Pensiones COLPENSIONES, anteriormente el ISS (Instituto de Seguros Sociales); y el segundo es el empleado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administran los fondos privados de pensiones, cuya finalidad es devolver lo ahorrado por el afiliado que llegó a determinada edad y no alcanzó a cotizar lo necesario para obtener la pensión de vejez.

(...)

Que en consideración a lo anterior, únicamente tiene derecho a la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, aquellas personas que hayan realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones, por cuanto si el trabajador no hizo aportes a su pensión, no se genera esa prestación económica devolutiva, puesto que se estaría incurriendo en un enriquecimiento patrimonial sin justa causa.

Que si bien, la peticionaria laboró en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira en el periodo ya señalado (01 de junio de 1977 al 30 de enero de 1988) no fue vinculada para realizar aportes a pensiones al Instituto de Seguro Social o a cualquiera caja del sector público, por cuanto para aquella época los servidores públicos no realizaban aportes al sistema pensional, dado que bastaba el tiempo de servicios y la edad requerida para obtener la pensión legal correspondiente, la que era reconocida en unos eventos por el empleador y en otros por la caja de previsión respectiva; así como tampoco se le descontó de su salario suma alguna de dinero como cotización al sistema pensional.

Que el Sistema General de Pensiones, entró a regir para las entidades territoriales a partir del 1° de julio de 1995, por tanto, solo hasta esa fecha la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira afilió a sus empleados al sistema.

Que aparte de esa razón, antes de la Ley 100 de 1993, que entró a regir en materia de pensiones el 30 de junio de 1995 para las entidades del orden territorial, no existía norma legal que permitiera la devolución de aportes o el pago de indemnización sustitutiva por cotizaciones hechas con anterioridad a



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

la vigencia de la norma; circunstancia legal que robustece normativamente la improcedencia de la solicitud presentada.

Que por lo anteriormente expuesto no es posible acceder a la devolución de aportes, por no haber cotizado al Sistema General de Pensiones y **no haberse descontado de su nómina suma de dinero alguna por este concepto, por el periodo comprendido entre 01 de junio de 1977 al 30 de enero de 1988.**

Sin otras consideraciones, el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge de Pereira,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Negar la devolución de aportes o indemnización sustitutiva a la señora **DOLORES MEDINA VILLAQUIRA**, identificada con cédula de ciudadanía número xxx por no haber cotizado al Sistema General de Pensiones y por las razones de hecho y de derecho razonadas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar la presente decisión a la peticionaria de conformidad con los artículos 67 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, haciendo entrega de copia de la respectiva resolución; informándole que contra esta decisión solo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado ante esta dependencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la respectiva notificación.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la notificación y ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en la ciudad de Pereira, al primer (01) día del mes de agosto de 2016.

JUAN CARLOS RESTREPO MEJÍA
Gerente

JUANA MARÍA MEJÍA OCAMPO
Prof. Univ. Recursos Humanos

ROCÍO CASTAÑO VELÁSQUEZ
Vo. Bo. Asesora Jurídica

Proyectó Estefanía Orrego Osorio" (negritas y subrayas del texto original)

2.2. Marco normativo que regula la indemnización sustitutiva de pensión

La indemnización sustitutiva de la pensión se creó como un derecho al cual pueden acceder aquellas personas que no cumplen los requisitos previstos por el legislador para el reconocimiento de la pensión de vejez.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Sobre la denominada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 prevé lo siguiente:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido que la indemnización sustitutiva es “[...] el derecho de reclamar, en sustitución de las pensiones de invalidez, vejez o de sobrevivientes, una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”. También se ha dicho que corresponde a una “[...] especie de ahorro que el trabajador hace durante una parte de su vida laboral, como consecuencia de los aportes que realiza al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, de suerte que se traduce en una garantía frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, en el evento en que el afiliado no logre cumplir con las semanas mínimas de cotización para adquirir su derecho a la pensión. [...]”¹².

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001¹³, en el sentido de indicar que el reconocimiento de la indemnización en el régimen de prima media con prestación definida puede originarse en tres situaciones, las cuales deben ocurrir **con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones**¹⁴.

El artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, fue modificado por el artículo 1º del Decreto 4640 de 19 de diciembre de 2005, en el sentido de indicar que habrá lugar al

¹² Corte Constitucional, Sentencia T – 513 de 9 de julio de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida.

¹⁴ Esta exigencia fue declarada nula por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 14 de abril de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03), C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Entre otras cosas, en dicha sentencia se consideró lo siguiente: Es un principio de derecho incuestionable que las leyes rigen hacia el futuro, por lo que una lectura ligera y desprevenida de la frase acusada de la norma reglamentaria daría como resultado una conformidad con las previsiones de la ley reglamentada, sin embargo, haciendo un estudio a fondo de la especificidad de categorías de afiliados y su derecho a escoger la norma más favorable, lleva a la Sala a ser cuidadosa en su examen, por lo que la limitación en cuanto al cumplimiento de la edad que trae la norma acusada, dejaría por fuera a algunos afiliados que no obstante pertenecer al sistema, pues a la entrada de la vigencia de la ley ingresaron a éste como afiliados forzosos, es decir cotizaron a dicho régimen bajo las previsiones de la ley y se dieron los supuestos que ellas contemplan, retiro del servicio e imposibilidad de seguir cotizando, quedarían privados de ese beneficio, cuando ello no fue el querer del legislador.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

reconocimiento de la indemnización sustitutiva en tres eventos (como sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes), sólo para **“afiliados al Sistema General de Pensiones”**¹⁵.

Así las cosas, se concluye que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumplió la edad para obtener la pensión de vejez sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando.

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 establece cómo se debe calcular el valor correspondiente por indemnización sustitutiva, así:

“ARTICULO 3°-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no maneja separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

¹⁵ Sin embargo, el Consejo de Estado al conocer de casos en los que las cotizaciones han sido anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ha ordenado el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993”.

2.3. Hechos acreditados en el presente caso

2.3.1. Documento de identificación de la señora Dolores Medina Villaquira según el cual nació el 25 de mayo de 1958 en la ciudad de Pereira¹⁶.

2.3.2. Derecho de petición dirigido el 5 de julio de 2016 a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la señora Dolores Medina Villaquira en el que solicitó se le reconociera la indemnización sustitutiva de vejez¹⁷.

2.3.3. Notificación personal de la Resolución N° 06669 del 1° de agosto de 2016, efectuada a través de su apoderado de confianza, diligencia llevada a cabo el 5 del mismo mes y año¹⁸.

2.3.4. Reclamación administrativa y petición de información dirigida el 28 de marzo de 2017 a la ESE Hospital San Jorge de Pereira, en la que nuevamente la señora Dolores Medina solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por cuanto a pesar de contar con 58 años de edad, no reunía el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez¹⁹.

2.3.5. Respuesta negativa a la anterior petición consignada en el oficio 2017002596 del 3 de marzo de 2017 expedida por la gerencia de la ESE demandada²⁰.

2.3.5. certificados mensualizados de los salarios devengados y factores salariales recibidos por la señora Dolores Medina Villaquira durante el periodo de vinculación laboral comprendido entre junio de 1977 y enero de 1988²¹.

¹⁶ Folio 2

¹⁷ Folios 3-5

¹⁸ Folio 7

¹⁹ Folios 10-12

²⁰ Folio 13

²¹ Folios 14-19



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

2.3.6. certificado de información laboral para bonos pensionales y pensiones emitido el 27 de abril de 2017, certificación de salario base y certificado de salarios mes a mes expedidos por el Ministerio de Salud²².

2.3.7. Resolución N° 999 del 5 de julio de 1977 *“Por medio de la cual se hace un nombramiento”* expedida por el Director de la Unidad Regional de Salud del Hospital San Jorge de Pereira, a través de la cual fue nombrada la señora Dolores Medina Villaquirán como ayudante de anestesia en cirugía en dicho hospital²³.

2.3.8. Acta de posesión N° 153 del 11 de julio de 1977 mediante la cual la señora Dolores Medina tomó posesión del empleo en el Hospital San Jorge²⁴.

2.3.9. Resolución N° 00204 del 9 de febrero de 1988 *“Por medio de la cual se declara la vacancia de un cargo”* emitida por el director interventor de la Unidad Regional de Salud de Pereira Hospital San Jorge, que declaró vacante el cargo de Auxiliar de Enfermería ocupado por la señora Dolores Medina Villaquirá²⁵.

2.3.10. Certificado de beneficiarios N° 9 del 17 de septiembre de 1997 del Fondo del Pasivo Prestacional del departamento de Risaralda emitido por la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del Ministerio de Salud²⁶.

2.4. Solución al caso concreto

La demandante concurrió a esta jurisdicción en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución N° 0669 del 1° de agosto de 2016 expedida por la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira a través de la cual le negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, luego de haber prestado sus servicios laborales durante más de una década.

²² Folios 20-27

²³ Folio 44

²⁴ Folio 45

²⁵ Folio 46

²⁶ Folios 41-48 cuaderno de antecedentes



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

La razón esgrimida por la entidad pública demandada para negar la reclamación, fue que a la señora Dolores Medina Villaquira no le fue descontada suma alguna de dinero de sus salarios, por concepto de aportes o cotización al sistema pensional, durante el transcurso de su vinculación laboral entre los años 1977 y 1988. De allí que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al no existir fundamento legal que permitiera la devolución de aportes, resultaba improcedente jurídicamente acceder a la reclamación deprecada.

En sede del presente control de legalidad, el apoderado de la accionante invocó como transgredidas por la entidad demandada, además de normas de carácter superior que protegen el derecho al trabajo y la seguridad social así como los principios orientadores de las relaciones laborales, disposiciones legales como las de los decretos 1730 de 2001 y 4640 de 2005, porque la accionante reúne los requisitos para la indemnización sustitutiva en vista de que había cumplido la edad pero no el tiempo de servicio ni las semanas de cotización para adquirir la pensión de vejez.

Por lo anterior, es que en criterio de la parte activa la entidad hospitalaria demandada incurrió en la causal de nulidad de falsa motivación, como quiera que el acto administrativo demandado escudó su responsabilidad en una omisión legal, al esgrimir que a la actora no se le habían efectuado descuentos para cubrir la contingencia de la pensión a lo largo de la vinculación laboral, cuando lo cierto es que tal argumento lo que está es desconociendo un derecho irrenunciable e imprescriptible como lo es el de la pensión de vejez.

El Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las súplicas de la demanda al declarar la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia de dicha declaración, ordenó a la entidad hospitalaria accionada reconocer y pagar la indemnización sustitutiva pensional reclamada por la señora Dolores Medina, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 conforme la fórmula fijada en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

Lo anterior, por cuanto en criterio del *a quo*, resulta indistinto el hecho de que el vínculo laboral que tuvo la señora Medina Villaquira con la ESE demandada,



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

hubiera terminado antes de la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social Integral, cuando lo cierto es que la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, que procede cuando una persona a pesar de tener la edad no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para la pensión de vejez, situación ésta que se presentó en el caso de la demandante. También la sentencia de primera instancia dispuso que no había lugar al llamamiento en garantía efectuado por la ESE hospitalaria al departamento de Risaralda.

En el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, solicitó la revocatoria del fallo impugnado al reiterar la imposibilidad de cancelar la indemnización sustitutiva en consideración a que esta figura entró a regir a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993; que en vista de que la empleadora no efectuó descuentos de los salarios percibidos por la señora Medina Villaquira no se configuró ningún enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandada a costa de la accionante.

El segundo argumento de controversia lo encausó la parte demandada, en solicitar que, en caso de asistirle el derecho reclamado a la accionante, tal obligación le correspondería asumir al departamento de Risaralda en virtud del contrato de concurrencia N° 000858 del 20 de diciembre de 1998, pues de acuerdo con el certificado de beneficiarios N° 09 del 17 de septiembre de 1997, la señora Dolores Medina Villaquira figura en el grupo “retirados con derecho a bono pensional”.

2.4.1. En cuanto al reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le asiste a la demandante

El artículo 37 de **la Ley 100 de 1993**, en el que se encuentra el fundamento legal de la prestación económica reclamada por la actora establece:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La Sala llama la atención en el sentido de que la disposición transcrita supone tres supuestos fácticos para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión: i) que el empleado haya cumplido la edad para obtener la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y, iii) que declare su imposibilidad de continuar cotizando.

Se encuentra debidamente acreditado en el expediente que la señora Dolores Medina Villaquira, prestó sus servicios laborales en su momento al Hospital Universitario San Jorge, entre el 11 de julio de 1977 cuando fue posesionada como ayudante de anestesiología hasta el 9 de febrero de 1988²⁷ cuando se declaró vacante el cargo de auxiliar de enfermería que ocupaba²⁸. Por tanto, estuvo vinculada por más de diez años a la entidad de salud demandada.

Igualmente se comprobó que nació el 25 de mayo de 1958 en la ciudad de Pereira por lo que para el año 2016, fecha en la que presentó la reclamación administrativa a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira solicitando la indemnización sustitutiva de pensión, contaba con 58 años de edad.

De igual manera figura declaración efectuada el 19 de mayo de 2016 por la señora Medina Villaquira, adjunta a la reclamación administrativa presentada ante el Consulado General de Colombia en Houston Estados Unidos en la que afirmó lo siguiente²⁹:

“DOLORES MEDINA VILLAQUIRA, identificada con la cédula de ciudadanía N° xx de Pereira Risaralda, manifiesto que NO recibo ninguna Pensión reconocida por algún Fondo Pensional o por una Entidad Administradora de Pensiones.

Declaro la imposibilidad de continuar cotizando para pensión, debido a que a la fecha tengo 58 años de edad, en la actualidad vivo en otro país y el tiempo que alcance a cotizar no me alcanza para acceder a la pensión.

²⁷ Folio 9 cuaderno de antecedentes administrativos

²⁸ Folios 45 y 46

²⁹ Folio 7 cuaderno antecedentes administrativos



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Por lo tanto, bajo la gravedad de juramento informo que no me encuentro gozando de pensión alguna que sea incompatible con la prestación solicitada ante el ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA, ni adelanto trámite de reconocimiento en otra entidad pública o privada. (...)" (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores pruebas, resulta evidente que la señora Dolores Medina estuvo vinculada al sector público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -que en las entidades territoriales comenzó a partir del 30 de junio de 1995-³⁰, que contaba con 58 años de edad para el año 2016 cuando solicitó de la administración la indemnización sustitutiva de pensión y, que estaba en imposibilidad de seguir cotizando.

Por tanto, no cabe duda que los tres requisitos legales del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, son cumplidos por la señora Dolores Medina Villaquira, por cuanto no alcanzó a laborar en el servicio público por más de 20 años, a pesar de ya haber superado los 50 años de edad. Como la accionante laboró entre los años 1977 y 1988, su derecho pensional estaba configurado bajo el marco normativo del artículo 1^o³¹ de la Ley 33 de 1985³².

Continuando la disertación, el legislador del año 1993 concibió la figura de la indemnización sustitutiva de pensión, precisamente ante situaciones como la expuesta en la que los afiliados al sistema pensional tienen la posibilidad de acceder a esta prestación económica, con el fin de lograr el reintegro de los dineros ahorrados a lo largo de su vinculación laboral ante la contingencia inexorable del cumplimiento de la edad mas no del tiempo de servicio para pensionarse, previo el lleno de ciertos requisitos exigidos según el tipo de indemnización sustitutiva que solicite, esto es por vejez, por invalidez o por muerte del afiliado.

³⁰ El sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, entró a regir a partir del 1º de abril de 1994. Sin embargo, su funcionamiento se pospuso, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital, y municipal, hasta el 30 de junio de 1995. Así lo consignó el Concepto N° 720 del 7 de agosto de 1995 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil

³¹ El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

³² "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."



Posteriormente el Gobierno Nacional reglamentó la indemnización sustitutiva mediante la expedición del **Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001**³³ modificado en su artículo 1° por el **Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005**³⁴, al establecer que:

“Artículo 1°. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-Ley 1295 de 1994” (subrayas fuera de texto).

Los supuestos fácticos exigidos en el literal a) del artículo 1° del Decreto 4640 de 2005 se avienen al caso en estudio, como quiera que fue con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que la señora Dolores Medina encontrándose ya retirada del servicio desde el año 1988, cumplió el requisito de la edad -58 años al año 2016- pero no acreditó el número mínimo de semanas de cotización para tener derecho a su pensión de vejez, quien además declaró su imposibilidad seguir cotizando.

En cuanto a las características, finalidades y presupuestos exigidos para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión, resulta ilustrativo tener

³³ "Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida".

³⁴ por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

en cuenta los siguientes aportes jurisprudenciales: la Corte Constitucional en la sentencia T-850 de 2008, determinó:

“El derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa”. (subrayas fuera de texto)

La misma alta corporación definió la indemnización de sustitución pensional en los siguientes términos³⁵:

“(…) es una prestación por medio de la cual se garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social, y es una facultad con la que cuenta el afiliado de optar por el pago de la indemnización sustitutiva una vez cumpla con la edad mínima para pensionarse o de continuar cotizando al sistema general de pensiones (…)”.

Por su parte, la Corte Suprema de justicia sostuvo que a través del ingreso que genera la indemnización sustitutiva, *“le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez”*, en el mismo fallo consignó *“En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.”*³⁶

En cuanto al objeto que procura la indemnización sustitutiva, la Subsección A aportó el siguiente precedente³⁷:

“De lo anterior se colige, que la indemnización sustitutiva está dirigida a compensar o restituir el capital aportado en los términos dispuestos por la ley, o recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”.

³⁵ T-475/12

³⁶ Sala de Casación Laboral Sentencia del 23 de octubre de 2019 SL4559-2019 radicación número: 74456 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

³⁷ Sentencia del 1º de julio de 2021 Radicación número: 25000-23-42-000-2015-02149-01 (2544-2017) M.P. Gabriel Valbuena Hernández



A su vez esta misma Sala de Subsección con ponencia de este mismo Despacho, aportó el siguiente precedente³⁸:

“Así las cosas, se concluye que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumplió la edad para obtener la pensión de vejez sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, **antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones**, y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando.” (subrayas y negritas fuera de texto)

Con fundamento en el recuento normativo y aporte jurisprudencial de las tres altas corporaciones judiciales, no cabe duda que no obstante la indemnización sustitutiva de pensión haber sido tipificada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 de Seguridad Social Integral, ello no quiere decir que no se deba reconocer a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de esta legislación como ocurrió en el caso *sub judice*, dado el fin principal que no es otro que el de garantizar los derechos constitucionales de la población vulnerable, es decir, el de las personas que ya han cumplido la edad para pensionarse, que no se encuentran en capacidad de continuar laborando ni de seguir cotizando.

Por otra parte, el legislador no previó para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión, exigencias distintas a las consignadas en los artículos 37 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001 modificado en su artículo 1° por el Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005, normas transcritas en precedencia.

Ahora bien, la entidad accionada ha manifestado como argumento defensivo que no está en capacidad de desembolsar la indemnización sustitutiva reclamada por la actora, como quiera que en la época en que transcurrió la vinculación laboral no se efectuaron los descuentos de la nómina de la señora Dolores Medina Villaquirá, para lo cual aportó las respectivas copias de los certificados mensualizados de salarios devengados por la accionante entre junio de 1977 y enero de 1988³⁹, con

³⁸ Sentencia del 30 de septiembre de 2021 radicación número: 47001-23-33-000-2014-00227-01(3864-18)
M.P. César Palomino Cortés

³⁹ Folios 14-19



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

el fin de acreditar que los aportes a la seguridad social no se efectuaron, razón por la que dijo se está lejos de configurar un supuesto enriquecimiento sin justa causa.

La Sala no acoge esta inconformidad, por cuanto resulta innegable también, de acuerdo con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud, que a pesar de no haberse descontado para seguridad social como lo consignó la casilla 31, los aportes fueron efectuados por el propio Hospital Universitario San Jorge, tal y como así lo acredita la casilla 32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES. Nombre HOSPITAL U. SAN JORGE⁴⁰.

Sobre la supuesta exoneración de responsabilidad porque no se hicieron descuentos por parte de la entidad empleadora, resulta ilustrativo el siguiente precedente de la Corte Constitucional, que en sede de amparo constitucional tuteló el derecho fundamental a la seguridad social de un ex servidor de la Gobernación de Caldas a quien se le había negado la indemnización sustitutiva de pensión, por lo que ordenó se efectuara dicho reconocimiento, al esgrimir⁴¹:

“3.12. De los casos anteriores se pueden sacar algunas conclusiones frente al derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de una persona que fungió como servidor público. Que: (i) en virtud de los derechos a la igualdad, a la favorabilidad en materia pensional y el efecto útil de la norma, se debe aplicar sin distinción de si el trabajador fue afiliado o no por el ente territorial a un fondo prestacional; (ii) la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha concluido que lo prescrito por la Ley 100 de 1993, constituye normas de orden público, lo cual hace que sea de aplicación inmediata para todos, incluso para situaciones en curso o no consolidadas a su entrada en vigencia; (iii) todo el tiempo de servicio, debidamente acreditado, antes de que la Ley 100 de 1993 entrara en vigencia, debe ser computado para efectos de la liquidación; (iv) cuando la entidad territorial no trasladó el riesgo a una caja o fondo prestacional, y se termina la relación laboral, ésta mantiene la responsabilidad de asumir el reconocimiento y pago de la indemnización; y (v) es necesario verificar que el solicitante no pueda acceder a una pensión de vejez[39]. (subrayas fuera de texto)

Traslapadas las anteriores consideraciones al caso bajo examen, se tiene que no sirve de excusa el afirmar que la ESE Hospital Universitario San Jorge en su momento, no trasladó los aportes a una caja o fondo prestacional, por cuanto a

⁴⁰ Folio 20

⁴¹ Sentencia T-622 del 6 de octubre de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

pesar de que la relación laboral con la accionante se hubiera terminado, lo cierto es que la entidad empleadora asumió los descuentos que debieron haber sido aportados a la seguridad social de la demandante, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

La anterior afirmación se corrobora, porque durante el periodo comprendido entre los años 1995 y 2016, es decir, entre la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral y el momento en que la accionante reclamó en sede administrativa, la entidad hospitalaria debió cumplir el mandato consignado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 que prescribe:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.” (subrayas y negritas nuestras)

Lo anterior, por cuanto no obra en el expediente prueba que acredite el traslado de las cotizaciones obligatorias de la señora Dolores Medina a la respectiva entidad pensional, **por lo que en principio le correspondería a la ex empleadora responder por la totalidad del aporte a pesar de que no hubiera efectuado los respectivos descuentos en su oportunidad a la trabajadora.**

Es pues con fundamento en las anteriores motivaciones, que no cabe duda alguna en el sentido de que a la señora Dolores Medina Villaquirá le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, en el marco del artículo 46 de la Constitución Política, que le otorga especial protección por parte del Estado a las personas de la tercera edad, dada su situación de debilidad manifiesta, por lo que resulta apremiante garantizarle su derecho a la protección social.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Finalmente no sobra mencionar en voces de la Corte Constitucional que *“La indemnización sustitutiva es reconocida también a quienes cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pues el artículo 37 de dicha normatividad no dispuso un límite temporal para su aplicación, ni condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición”*⁴².
(negritas nuestras)

2.4.2. De la entidad responsable del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión

Ahora bien, procederá la Sala a resolver el argumento de inconformidad esgrimido por el apoderado de la ESE Hospital Universitario San Jorge, en el que pidió que en gracia de discusión en el evento de reconocerse el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión a la señora Dolores Medina, dicho pago le correspondería al departamento de Risaralda como entidad llamada en garantía, con cargo a los recursos del contrato de concurrencia N° 000858 del 30 de diciembre de 1998.

Observa la Sala que, en la parte resolutive del fallo impugnado, el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró que la entidad territorial no estaba obligada a pagar suma alguna o a emitir bono pensional, con fundamento en el siguiente razonamiento de la parte motiva de la sentencia:

“Conforme a lo discurrido hasta ahora, el llamamiento en garantía formulado por la entidad demandada es improcedente, teniendo en cuenta que en la actuación administrativa que se demanda, se negó el reconocimiento y pago del bono pensional, única prerrogativa reconocida por el Fondo Pasivo Prestacional del departamento de Risaralda, a nombre de la demandante dentro del certificado de beneficiarios N° 9 del 17 de septiembre de 1997 (fls. 41 a 48), razón por la cual la Sala declarará la nulidad parcial del oficio número 669 del 1 de agosto de 2016 expedido por el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge de Pereira, al negar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, puesto que como se indicó precedentemente, la actora se entiende incorporada al sistema general de pensiones (...)” (subrayas nuestras)

Observa la Sala que el *a quo* incurrió en una contradicción pues en un comienzo afirmó que el acto administrativo demandado había negado el bono pensional

⁴² Sentencia T-215 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

reclamado por la accionante, cuando lo cierto es que la prestación económica que se le negó fue la indemnización sustitutiva de pensión.

La anterior imprecisión obliga a la Sala, a efectuar un comentario sobre las diferencias entre el bono pensional y la indemnización sustitutiva, partiendo de la definición consignada en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 que prescribe:

“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;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”

La Sala se vale del siguiente precedente de la corte Constitucional, en el que se analizaron las dos prestaciones económicas así⁴³:

(...)
25. El reconocimiento de la pensión de vejez está condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Sin embargo, en ocasiones, las personas no logran acreditar las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder al mencionado derecho. En estos eventos, opera una prestación compensatoria denominada indemnización sustitutiva de la pensión.

(...)
Esta prestación tiene como objetivo garantizar los derechos a la vida, a la integridad física, al trabajo y a la igualdad, para evitar que una persona esté en la obligación de continuar con su actividad laboral más allá de su

⁴³ Sentencia T-471 del 19 de julio de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

capacidad física y laboral, hasta cumplir el tiempo mínimo de cotización y acceder a la pensión.

(...)

30. Una de las formas de movilidad de recursos para el financiamiento de los beneficios pensionales pretendidos por los afiliados es el bono pensional. Esta Corporación ha considerado que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para el financiamiento de las pensiones de los usuarios del sistema

Conforme a lo expuesto, para la Corte los bonos pensionales son documentos crediticios que representan en dinero el tiempo de afiliación o de servicios de una persona, el cual se materializa cuando el individuo ha cumplido con los requisitos exigidos por la legislación para obtener su pensión de vejez" (subrayas fuera de texto).

Resulta evidente la diferencia que existe entre la indemnización sustitutiva y el bono pensional, por cuanto mientras la indemnización opera ante el incumplimiento del requisito del tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez, el bono pensional se materializa cuando ya se cumplieron los dos requisitos para dicho reconocimiento, esto es, la edad del trabajador y el tiempo de servicio laboral.

Ahora bien, como quiera que en el presente caso la señora Dolores Medina no estuvo afiliada a ninguna entidad de previsión social tal y como así lo reconoció la propia demandada y es constatado en sede judicial, resulta pertinente tener presente el supuesto normativo del literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que señala:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.”

Según el aparte normativo transcrito, para el reconocimiento en este caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se deberán tener en cuenta los tiempos de servicio o semanas cotizadas con anterioridad a la Ley de Seguridad



Social, **siendo indiferente si fueron cotizados al Instituto de Seguro Social, caja, fondo o entidad del sector público o privado, evento este último acaecido en el caso de la accionante**, como quiera que en dicha época era permitido legalmente que los empleadores se encargaran del reconocimiento y pago de las pensiones de sus trabajadores, mientras que a partir del año 1993 cambió y se ordenó la afiliación obligatoria al sistema general de pensiones.

Como quiera que la vinculación laboral de la demandante fue con anterioridad al año 1993, debe tenerse presente que en dicha época operaba la figura de las cuotas partes pensionales, como antecedente de los bonos pensionales, que servía de instrumento de movilidad de los respectivos recursos financieros para apalancar dichas prestaciones.

Al respecto resulta ilustrativo el siguiente precedente⁴⁴:

“6.1 Esta Corporación ha señalado que para efectuar la respectiva transferencia de los recursos a efectos del reconocimiento de los derechos pensionales, la legislación creó ciertas figuras donde se permite la movilidad financiera. En el caso del régimen de seguridad social del sector público anterior a la Ley 100 de 1993 se estableció la figura de las cuotas partes pensionales, en virtud de la cual la última entidad oficial empleadora puede compartir el reconocimiento de la prestación, de forma proporcional al tiempo de trabajo o de cotización, con las demás entidades en donde el trabajador estuvo vinculado.
(...)

6.2 Con sustento en estas disposiciones, la Corte ha concluido que la última entidad empleadora será la responsable del reconocimiento de las prestaciones de los empleados oficiales beneficiarios del régimen de transición que no fueron afiliados a ninguna entidad de previsión social. Para el reconocimiento de la prestación se debe acumular el tiempo de servicio en todas las entidades del Estado donde trabajó y estas deberán responder proporcionalmente. Así, antes de la expedición del acto administrativo que reconozca la prestación, la entidad encargada del pago deberá remitir copia del proyecto de resolución a las entidades donde el interesado laboró para que estas, dentro de los quince días hábiles siguientes, puedan establecer si la información es correcta y luego hagan la transferencia de la cuota parte que corresponda, a la entidad que es acreedora del reconocimiento de la prestación” (subrayas y negritas nuestras)

Bastarían las anteriores consideraciones para concluir, que en el presente caso la entidad responsable de reconocer la indemnización sustitutiva de pensión a la

⁴⁴ Sentencia T -125 de 2018



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

demandante sería la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, pero la Sala entrará a resolver el argumento de apelación en el que la parte demandada pidió que en el hipotético caso de asistirle el derecho reclamado a la actora, dicho pago deberá recaer en el departamento de Risaralda como llamado en garantía por la entidad demandada, en virtud del contrato de concurrencia N° 000858 del 20 de diciembre de 1998.

Pues bien, la institución del llamamiento en garantía aparece regulada en el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que en vigencia del Decreto 01 de 1984 no se encontraba tipificada por lo que para dichos efectos se debía recurrir a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil. La citada norma prescribe:

“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.”

En el *sub judice*, mediante providencia del 21 de agosto de 2018 la primera instancia admitió el llamamiento en garantía que hizo la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira al departamento de Risaralda, entidad



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

territorial que en su oportunidad procesal ejerció su derecho de contradicción al contestar la demanda, mediante memorial en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones deprecadas al afirmar que la demandante laboró exclusivamente en la entidad hospitalaria y el departamento carece de responsabilidad alguna en caso de condena.

Ya en sede de apelación, en vista de que el Tribunal de primera instancia aludió al certificado de beneficiarios N° 9 del 17 de septiembre de 1997 (sic), es que la entidad demandada pidió que sea la entidad territorial departamento de Risaralda la que efectúe el pago de la indemnización sustitutiva deprecada.

En efecto, obra en el expediente el documento titulado Certificado de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Departamento de Risaralda, **certificado de calidad de beneficiarios N° 9 del 18 de septiembre de 1997**, expedido por el Director General de Descentralización y Desarrollo Territorial del Ministerio de Salud, que en su parte motiva consignó⁴⁵:

“(...)
Que el Hospital San Jorge de Pereira es una entidad pública, descentralizada, indirecta, del tipo asociación entre entidades públicas, autorizada por Acuerdo N° 108 del 15 de octubre de 1993 del Consejo Municipal de Pereira y la Ordenanza N° 008 del 28 de octubre de 1993 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, transformada en Empresa Social del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio público, con el objeto de prestar servicios de salud en el II y III nivel de atención. (...)”

Con fundamento en esta y otras consideraciones, certificó lo siguiente:

“PRIMERO.- Que el Servicio Seccional de Salud de Risaralda, los hospitales: San Vicente de Paul (Apía), Cristo Rey (Balboa), San José (Belén de Umbria), Santa Mónica (Dos Quebradas), Santa Ana (Guatica), San José (La Celia), San Pedro y San Pablo (La Virginia), San José (Marsella), San Vicente de Paul (Mistrató), San Rafael (Pueblo Rico), Nazareth (Quinchía), San Vicente de Paul (Santa Rosa de Cabal), San Vicente de Paul (Santuario), Mental (Pereira), Universitario San Jorge (Pereira), y la Escuela de Auxiliares de Enfermería (Santa Rosa de Cabal), cumplen los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el literal a) del artículo 8° del Decreto 530 de 1994.

SEGUNDO. - Que como consecuencia de lo anterior, se reconoce el carácter de beneficiarios del Fondo del Pasivo prestacional, de conformidad con lo

⁴⁵ Folios 41-48



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

establecido en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 en concordancia con el artículo 10 del Decreto 530 de 1994 a las siguientes personas:

(...)
RETIRADOS CON DERECHO A BONO PENSIONAL
1095. MEDINA VILLAQUIRAN DOLORES 42054697
(...)"

Según los apartes transcritos, la Sala observa que **el Certificado de calidad de beneficiarios número 9 del 18 de septiembre de 1997, acreditó dos aspectos** de interés: por una parte i) que el Hospital Universitario San Jorge cumplió los requisitos del artículo 33 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el literal a) del artículo 8° del Decreto 530 de 1994, en lo que tiene que ver con el Fondo del Pasivo Prestacional y por otra, ii) que reconoció a la señora Dolores Medina Villaquirá como beneficiaria del citado fondo, al haber incluido su nombre en el grupo de **'retirados con derecho a bono pensional'**, en el orden N° 1095, tal y como así lo afirmó el apoderado de la ESE demandada⁴⁶ y lo constató esta instancia judicial.

La Sala entrará a analizar lo relativo al Fondo del Pasivo Prestacional. Es así como **el artículo 33 de la Ley 60 del 12 de agosto de 1993** prescribe⁴⁷:

"ARTÍCULO 33.- Fondo Prestacional del Sector Salud. Reglamentado parcialmente por el Decreto 2313 de 1995 – Reglamentado por el Decreto 530 de 1994. 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 2 del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:

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.

⁴⁶ Folio 145

⁴⁷ "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

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.

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 1 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.

3.- La responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocidas en los términos de la presente Ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el Gobierno Nacional que defina la forma en que deberán concurrir la Nación y las entidades territoriales, para cuyo efecto 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.

4.- El Fondo se financiará con los siguientes recursos:

a. Un 20% de las utilidades de Ecosalud;

b. Un porcentaje de los rendimientos, que fije el Gobierno Nacional, proveniente de las inversiones de los ingresos obtenidos en la venta de activos de las empresas y entidades estatales;

c. Las partidas del presupuesto general de la Nación que se le asignen.

PARÁGRAFO 1º.- La metodología para definir el valor de los pasivos prestacionales y los términos de la concurrencia financiera para su pago será establecida mediante reglamento por el Gobierno Nacional. Ese reglamento además caracterizará la deuda del pasivo prestacional, la forma de manejo



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

del Fondo, al igual que su organización, dirección u demás reglas de funcionamiento, en un período no mayor a los seis meses siguientes de expedida la presente Ley.

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, y en todos los casos se entenderá que en la fecha de los pagos del pasivo prestacional causado se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda.” (subrayas nuestras)

De acuerdo con los apartes transcritos, **el legislador previó la creación del Fondo Prestacional con el fin de garantizar el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, de reservas para pensiones –que a juicio de la Sala puede ser entendida como un pasivo prestacional que incluye los bonos pensionales extensible incluso a la indemnización sustitutiva de pensión- y pensiones de jubilación, causadas hasta el año 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias relacionadas en el numeral 2º de la norma en estudio.**

De importancia este artículo 33 de la Ley 60 de 1993, al señalar que son beneficiarios del Fondo y que tienen derecho a exigir el pago de la deuda de sus **pasivos prestacionales**, entre otros los servidores mencionados en el numeral 1º *ídem* que pertenezcan al subsector oficial del sector salud. Igualmente dispuso que el Gobierno Nacional, definirá mediante reglamento la responsabilidad financiera y la forma en que deberán concurrir la Nación y las entidades territoriales, para el pago del pasivo prestacional.

Por su parte, **el artículo 242 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993** señala:

“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 cesantía 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



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

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." (subrayas nuestras)

De acuerdo con los apartes destacados de la norma transcrita, resulta evidente que el fondo del pasivo prestacional para el sector salud de que trata la Ley 60 de 1993, se concibió para cubrir entre otros emolumentos, las cesantías netas acumuladas **y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993**. Para la Sala, un pasivo laboral pueden ser tanto los bonos pensionales como las indemnizaciones sustitutivas de pensión.

Por tanto, el hecho de que la accionante estuviera reconocida como una de las beneficiarias del Fondo del Pasivo prestacional del sector salud, al reconocérsele su derecho al bono pensional, resulta de gran repercusión por cuanto este reconocimiento implica que la situación de la señora Dolores Medina pueda ser analizada desde la perspectiva de que en caso de no cumplir las exigencias para el reconocimiento de su pensión de vejez, **en todo caso los tiempos por ella laborados en el sector público debían ser previstos como una reserva para pensiones**, según los artículos 33 de la Ley 60 del 12 de agosto y 242 de la Ley 100 del 23 de diciembre, ambas legislaciones expedidas en el año 1993.



Ahora bien, la Ley 60 de 1993 fue desarrollada por el **Decreto 530 del 8 de marzo de 1994** *“Por el cual se reglamentan los artículos 33 de la Ley 60 de 1993 y 242 de la Ley 100 de 1993”*⁴⁸, que en el artículo 8° reguló lo relativo a los beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional, en el artículo 10 dispuso el procedimiento de acceso al Fondo, al tiempo que previó el régimen de concurrencia al establecer en el artículo 17 la responsabilidad de la nación, de los entes territoriales y de las instituciones privadas.

Sobre este último punto, resulta pertinente transcribir **el artículo 17 del Decreto 530 de 1994** que disponía:

“ARTICULO 17. RESPONSABILIDAD DE LA NACION, DE LOS ENTES TERRITORIALES Y LAS INSTITUCIONES PRIVADAS. Para efectos de determinar la responsabilidad que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a las instituciones privadas de salud **en el pago de la deuda prestacional del sector salud**, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 se procederá así:

1o. Tratándose de instituciones públicas.

a) Del orden nacional, corresponde a la Nación asumir el pago total de la deuda.

b) Aquellas que no pertenezcan al orden nacional, corresponde a la Nación a través del Fondo del Pasivo, asumir el pago de la deuda, en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en el total de la financiación de las instituciones de salud. Para estos efectos, se considera el total de la financiación como el conjunto de recursos conformado por el situado fiscal y las rentas departamentales de destinación especial para salud, incluyendo las cedidas a los departamentos y al Distrito Capital.

En consecuencia, el departamento y sus municipios en donde esté localizada la institución de salud, o el Distrito Capital si se localiza allí la institución, deberá financiar el equivalente a la proporción en que participan sus rentas de destinación especial para salud, incluyendo las cedidas, en el total de la financiación.

Para el cálculo de la concurrencia se tomarán el promedio de las rentas de cada departamento y del Distrito Capital, de destinación especial incluyendo las cedidas, durante los cinco (5) últimos años anteriores al 1o. de enero de 1994 y el situado fiscal promedio destinado a cada departamento en los últimos cinco (5) años anteriores al 1o. de enero de 1994.

⁴⁸ El Decreto 530 de 1994 fue derogado en su integridad por el Decreto 306 de 2004



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

2o. Tratándose de instituciones privadas del sector salud:
(...)"

Como se observa, el literal b) del artículo 17 del Decreto 530 de 1994 disponía que corresponde a la Nación a través del Fondo del Pasivo, asumir el pago de la deuda, por lo que el departamento y sus municipios en donde estaba localizada la institución de salud, en este caso correspondería al departamento de Risaralda, financiar el equivalente a la proporción en que participan sus rentas de destinación especial para salud, incluyendo las cedidas, en el total de la financiación.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, resulta necesario advertir que el artículo 13 del Decreto 306 del 2 de febrero 2004⁴⁹, derogó expresamente el Decreto 530 de 1994, sin embargo para el caso en estudio, se deberá tener de presente los presupuestos de esta última legislación y no la del año 2004, como quiera que el contrato de concurrencia 000858 del 30 de diciembre de 1998 -del que se hará alusión enseguida-, se expidió en vigencia del Decreto 530 de 1994⁵⁰.

Ahora bien, en virtud del numeral 3.) del artículo 33 de la Ley 60 de 1993, se suscribió el **Contrato Interadministrativo de Concurrencia 000858 celebrado el 30 de diciembre de 1998** entre el Ministerio de Salud –Fondo Nacional del Pasivo Prestacional Sector Salud- y el departamento de Risaralda⁵¹.

La cláusula octava del referido contrato de concurrencia denominada DOCUMENTOS CONTRACTUALES estipuló: *“Para todos los efectos, son documentos de este contrato y por lo tanto hacen parte integral del mismo los siguientes: (...) d) Certificación de beneficiarios N° 9 del 18 de septiembre de 1997, de cumplimiento de requisitos para acceder a los recursos del fondo del pasivo prestacional del sector salud, expedida por la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del Ministerio (...)”.* (subrayado nuestro)

⁴⁹ Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001.

⁵⁰ Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001.

⁵¹ Folios 36-40



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquira
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

La Sala considera que, el certificado de beneficiarios 9 del 18 de septiembre de 1997 en el que aparece el nombre de la demandante en el orden 1095, al hacer parte integrante del contrato de concurrencia 858 de 1998, ubica a la señora Dolores Medina como beneficiaria del fondo del pasivo prestacional del sector salud, que implica *per se* que lo sea del bono pensional como acertadamente lo afirmó el impugnante y por ende de la consecuente indemnización sustitutiva de pensión, no obstante de tratarse de dos eventos distintos.

Respecto de la cláusula segunda del contrato de concurrencia estipuló:

“VALOR: Para los efectos legales, el monto de la deuda prestacional, aprobada por el Consejo Administrador para las diecisiete (17) instituciones de salud del departamento de Risaralda a que se refiere el presente contrato, avalada por la Dirección General de Presupuestación y Control de Gestión del Ministerio de Salud y la Dirección General del Presupuesto del Ministerio y Hacienda y Crédito Público, actualizada a precios de 1997 es la suma de CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROSCIENTOS SEIS MILLONES SETENTA MIL PESOS (\$55.406.070.000,00) M/L, discriminados así: 1) Cesantías Netas de funcionarios activos (...); 2) Cesantías de Personal Retirados (...); **3) Reserva Pensional de Activos (Bonos pensionales)** (sic) y 4) Reserva pensional de Jubilados (...)⁵²”

Por tanto, al haberse presupuestado los bonos pensionales en el *ítem* reserva pensional de activos, la Sala considera que encaja en la situación de la señora Dolores Medina a quien le fue reconocido su derecho a bono pensional como ya se analizó y, que la expresión “activos”, no implica que la vinculación laboral no se haya extinguido como erradamente lo interpretó la apoderada del departamento de Risaralda al descorrer los alegatos de conclusión, al afirmar que *“dicho acuerdo no opera en el caso de la señora Dolores Medina Villaquira por cuanto no es posible para la gobernación de Risaralda, ..realizar el pago de bonos pensionales del personal retirado del Hospital Universitario San Jorge de Pereira”*.

La expresión “activo” no implica en este caso, que el vínculo laboral no haya terminado dejando por fuera la situación de la señora Dolores Medina quien desde el año 1988 se retiró del servicio de lo cual no hay duda, sino que la obligación en favor del trabajador se encuentra **activa o vigente**, tal y como en el presente caso operó en virtud del certificado N° 9 del 18 de septiembre de 1997.

⁵² Folio 37



Ahora bien, la Sala no puede perder de vista, que muy seguramente la señora Dolores Medina no alcanzó a que la partida presupuestal que le fue reservada en el contrato de concurrencia del 30 de diciembre de 1998 en el rubro “retirados con derecho a bono pensional”, se concretara como tal en bono pensional, como quiera que en el año 2016 declaró la demandante su imposibilidad de continuar cotizando para pensión pues vivía en otro país y porque dada su edad no alcanzaba a acceder a la pensión”⁵³.

Ante tal situación y en aras de garantizar los derechos superiores de la demandante, no obstante tenerse la certeza en cuanto a las diferencias que existen entre los bonos pensionales y la indemnización sustitutiva de pensión, desde la óptica de la forma en que se adquieren, se liquidan y se cancelan, lo cierto es que se considera que en el *sub judice* ante la imposibilidad de hacerse efectivo el bono pensional reconocido en el contrato de concurrencia en favor de la actora, este derecho enervará el de la indemnización sustitutiva de pensión reclamada.

Finalmente, la Sala no puede hacer abstracción de los supuestos fácticos contemplados en el artículo 7° del **Decreto 306 del 2 de febrero de 2004** “*Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001*”, legislación que derogó el Decreto 530 de 1994 con fundamento en el cual se expidió el contrato de concurrencia 000858 de 1998, que prescribe:

“Artículo 7°. Régimen de concurrencia. Derogado por el art. 3, Decreto Nacional 0700 de 2013. Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros:

1. Instituciones Públicas

A las instituciones del orden territorial, la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, les contribuirá en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en el total de la financiación de la respectiva institución de salud, durante los cinco años anteriores a 1994.

⁵³ Folio 7 cuaderno de antecedentes



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

El departamento y el municipio y/o los distritos en donde esté localizada la institución de salud deberán concurrir en la proporción en que participaron sus rentas de destinación especial para salud, en el total de la financiación de la institución durante los cinco años anteriores a 1994, lo cual será definido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, las instituciones públicas de salud beneficiarias deberán concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que, con recursos propios, participaron en su propia financiación. En todo caso el porcentaje que queda a cargo de la Institución también deberá quedar especificado en el convenio de tal manera que se garantice la totalidad de la financiación del pasivo prestacional.

NOTA: Declarado NULO por el Fallo del Consejo de Estado 5242 de 2010

Para la determinación de la concurrencia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá tener en cuenta el total del financiamiento de la institución de salud beneficiaria entendido este como el conjunto de recursos conformado por el situado fiscal, las rentas de los entes territoriales de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, y los recursos propios de la institución beneficiaria durante los 5 últimos años anteriores al 1° de enero de 1994.

NOTA: Declarado NULO por el Fallo del Consejo de Estado 5242 de 2010

2. Instituciones Privadas del Sector Salud. A las instituciones privadas la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, les contribuirá en una suma equivalente a la participación del situado fiscal en el total de la financiación de la respectiva institución privada de salud, durante los últimos cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994.

El departamento y el municipio y/o los distritos en donde esté localizada la institución privada de salud deberán concurrir en la proporción en que participaron sus rentas de destinación especial para salud, en el total de la financiación de la institución durante los cinco años anteriores a 1994, lo cual será definido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, las instituciones privadas de salud beneficiarias deberán concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que, con recursos propios, participaron en su propia financiación. En todo caso el porcentaje que queda a cargo de la Institución también deberá quedar especificado en el convenio de tal manera que se garantice el total de la financiación del pasivo prestacional.

Para la determinación de la concurrencia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá tener en cuenta el total del financiamiento de la institución de salud beneficiaria entendido este como el conjunto de recursos conformado por el situado fiscal, las rentas de los entes territoriales de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, y los recursos propios de la institución beneficiaria durante los 5 últimos años anteriores al 1° de enero de 1994.

Parágrafo. El porcentaje de concurrencia de la Nación se mantendrá aun en los eventos de fusión, liquidación y reestructuración de las entidades cuyas



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

obligaciones hayan sido asumidas por otra entidad pública, en los términos del presente decreto.”

Mediante sentencia del 21 de octubre de 2010 radicación número 11001-03-25-000-2005-00125-00 (5242-2005) M.P. Alfonso Vargas Rincón, fue declarada la nulidad parcial de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes” contenida en el literal d) artículo 3º, **en los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º** y en los artículos 10º y 11º del Decreto 306 de 2.004, al considerar que *“el gobierno al incluir a las instituciones hospitalarias como responsables financieras del pasivo prestacional del sector salud en forma concurrente, introdujo modificaciones sustanciales a la estructura de la ley reglamentada y excedió su potestad al actuar sin competencia, ya que esta materia, por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario”*.

Finalmente el **Decreto 0700 del 12 de abril de 2013** “*Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001*”, prescribe:

Artículo 1º. Financiación del pasivo prestacional del sector salud. La financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales.

Artículo 2º. Determinación de las concurrencias. Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación y las entidades territoriales para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones de salud beneficiarias, se procederá así:

a) La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumirá el pago de la concurrencia, en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en la financiación de las instituciones de salud, en los cinco (5) años anteriores al 1º de enero de 1994.

b) Los Departamentos, los Municipios y los Distritos en donde esté localizada la institución de salud, deberán concurrir en una proporción equivalente al porcentaje en que participan las rentas de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, en la financiación de las instituciones de salud en los cinco años anteriores al 1º de enero de 1994.

c) El porcentaje restante, esto es, el derivado de los recursos propios de cada entidad hospitalaria, será asumido por la Nación y las entidades territoriales, a prorrata de la participación de cada entidad en la concurrencia.



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

Artículo 3°. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de su publicación y deroga el artículo 7° del Decreto número 306 de 2004 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

En conclusión, de acuerdo con el marco legal y el precedente jurisprudencial transcrito, el pago de la indemnización sustitutiva de pensión a la que tiene derecho la señora Dolores Medina Villaquirá, le corresponderá hacer a la entidad territorial llamada en garantía departamento de Risaralda, atendiendo el procedimiento legal previsto en el Decreto 0700 de 2013 que derogó el Decreto número 306 de 2004.

En vista de las anteriores consideraciones, la sentencia de primera instancia será reformada en cuanto a que la entidad encargada de efectuar el pago de la prestación económica reclamada no es la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, sino el departamento de Risaralda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Refomar el numeral 1° de la sentencia del 7 de febrero de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que quedará así:

Declarar que el departamento de Risaralda será la entidad encargada del reconocimiento y pago de la indemnización de sustitución pensional reclamada por la señora Dolores Medina Villaquirá, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: en lo demás se confirma el fallo impugnado.

TERCERO: En firme esta providencia **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



No. Interno: 3657-2019
Demandante: Dolores Medina Villaquirá
Demandado: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

La presente providencia fue discutida y aprobada en la Sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER