

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: **Gustavo Aponte Santos**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil siete
(2007).-

Ref.: Expediente No. 11001-03-06-000-2006-00122-00

Conflicto de Competencias Administrativas.

**Actor: Secretaría de Hacienda Distrital – Fondo de Pensiones
Públicas de Bogotá D.C. C/ Instituto de Seguros Sociales.**

Define la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas planteado por la SECRETARÍA DE HACIENDA DISTRITAL – FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE BOGOTÁ D.C. frente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, concerniente a cuál autoridad es la competente para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de las señoras BERTHA STELLA GRANADOS PUENTES, GLADYS ESPINEL ALVAREZ, FLOR MARÍA LOZADA SUÁREZ y ALBA MARÍA CASTRO DE SANDOVAL, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993.

1. SOLICITUD DE TRÁMITE DEL CONFLICTO.

Mediante memorial presentado el 24 de noviembre de 2006, el doctor Nelson Javier Otálora Vargas, en su calidad de apoderado de la Secretaría de Hacienda Distrital – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., formula a la Sala la solicitud para que “de acuerdo con el procedimiento previsto en el parágrafo del artículo 33 del C.C.A. se defina la competencia, entre el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S. y la Secretaría de Hacienda Fondo de Pensiones Públicas, para el reconocimiento y pago de las pensiones de las peticionarias aludidas en los hechos de esta solicitud, con base en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, o si la Secretaría de Hacienda Fondo de Pensiones Públicas, solo es únicamente competente para el reconocimiento de pensiones de acuerdo con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la norma aludida”.

Presenta la solicitud en razón de que la Secretaría de Hacienda – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. se ha declarado incompetente para el reconocimiento pensional con base en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, ya que aduce que sólo tiene

competencia para reconocer las pensiones del régimen de transición, mientras que el Instituto de Seguros Sociales también se declara incompetente para reconocer las pensiones derivadas de los citados artículos de la ley 100, pero con el argumento de que el decreto 2527 de 2000 le otorga competencia a las cajas, fondos o entidades territoriales para tales reconocimientos.

2. ANTECEDENTES.

El peticionario señala que en el Distrito Capital, el Sistema General de Pensiones entró a regir el 30 de junio de 1995 (art. 1º decreto distrital 348 del 29 de junio de 1995) y que mediante el decreto distrital 349 de 1995 se declaró la insolvencia de la Caja de Previsión Distrital.

Como consecuencia de esta medida, se creó para el reconocimiento de las pensiones, por medio del decreto distrital 350 de 1995, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita a la Secretaría de Hacienda del Distrito.

Los hechos relacionados por el peticionario se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) Cada una de las funcionarias mencionadas elevó su solicitud de pensión de jubilación a la Secretaría de Hacienda Distrital. Esta la concedió con base en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, dio aplicación al artículo 1º de la ley 33 de 1985, según el cual la pensión se reconoce con 20 años de servicio, 55 años de edad y en cuantía equivalente al 75% del promedio salarial del último año de servicio.
- 2) Las funcionarias interpusieron recurso de reposición y solicitaron reliquidar la pensión, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, ya que al tener más de 1.200 semanas de cotización, el monto de la pensión debía ser equivalente al 85% del ingreso base de liquidación, lo cual les resultaba más favorable.
- 3) La Secretaría de Hacienda no repuso su decisión y señaló que al darse plena aplicación a la ley 100 de 1993, las funcionarias debían renunciar al régimen previsto en la ley 33 de 1985 y presentar su solicitud a la última entidad a la cual habían realizado sus aportes, esto es, al Instituto de Seguros Sociales.
- 4) Las funcionarias dieron entonces, su consentimiento para que la Secretaría de Hacienda les revocara las resoluciones de otorgamiento de la pensión y presentaron la solicitud al ISS.

5) El ISS les negó la concesión de la pensión, con base en que, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el nivel territorial, esto es, el 30 de junio de 1995, las funcionarias estaban afiliadas a la Caja de Previsión Distrital y ya tenían 20 años de servicio, lo cual significaba, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 1º del decreto 2527 de 2000, que la solicitud de pensión de las funcionarias era improcedente ante el ISS por falta de competencia y que la respectiva decisión correspondía a la Secretaría de Hacienda del Distrito.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Gustavo Aponte Santos (folio 101 cuaderno 1) y se fijó en lista, por el término de tres (3) días hábiles (folio 100 ibidem), de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, durante el cual se presentaron los alegatos de los doctores Nelson Javier Otálora Vargas y Gustavo Armando Vargas, apoderados de la Secretaría de Hacienda Distrital –Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y del Instituto de Seguros Sociales, respectivamente, según el Informe Secretarial (folio 143 ibidem).

En los mencionados alegatos, los apoderados insisten en defender el punto de vista de sus respectivas entidades.

El apoderado de la Secretaría de Hacienda sostiene que la entidad responsable del pago de la pensión es, conforme lo ordena el artículo 5º del decreto 1068 de 1995, la entidad administradora que recibió las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar a la prestación, vale decir, la reunión de los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión, y que esta circunstancia se cumplió cuando las funcionarias estaban cotizando al ISS.

Por su parte, el apoderado del ISS resalta que ya la Secretaría de Hacienda Distrital había reconocido las pensiones de las funcionarias, a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y que en las respectivas resoluciones se había señalado que esta entidad debía solicitar la devolución de aportes al Instituto de Seguros Sociales –ISS, conforme a lo establecido por el artículo 2º del decreto 2527 de 2000. Solicita que se condene en costas.

4. CONSIDERACIONES.

4.1 Competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias entre dos entidades administrativas, una del orden nacional y otra del orden territorial, en este caso distrital, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005.

4.2 La entidad competente para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de las mencionadas funcionarias.

En el presente conflicto, la Sala encuentra que la competencia para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de las mencionadas funcionarias, radica en el Instituto de Seguros Sociales – ISS, con fundamento en la disposición contenida en el artículo 52 de la ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

“Artículo 52.- Entidades administradoras.- El régimen solidario de prima media con prestación definida **será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.**

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, **administrarán** este régimen respecto de sus afiliados y **mientras dichas entidades subsistan**, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria” (Resalta la Sala).

Como se aprecia, la norma asigna la competencia de administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, llamados cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

- 1) En primer lugar que “subsistan”, es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigencia del sistema, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.
- 2) En segundo lugar, que “administren” el régimen, no que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, como se verá, no se presentan estas dos condiciones, por cuanto, de una parte, la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, que era la existente cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones en el Distrito, no subsistió y fue liquidada, y de otra parte, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. no constituye una entidad que "administre" el régimen de prima media, sino que es un fondo-cuenta destinado exclusivamente al pago de pensiones.

Ahora bien, se observa que la disposición del artículo 52 de la ley 100 de 1993, vino a tener un desarrollo, en cuanto se refiere a **la entidad administradora** del régimen, que no pagadora simplemente, que se encuentre en su hipótesis, en el inciso segundo del artículo 5º del decreto 1068 del 23 de junio de 1995, "Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial".

En efecto, dicha norma dispone lo siguiente:

"Artículo 5º.- Efectos de la afiliación.-

(...)

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, **la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente.**

(...)" (Destaca la Sala).

Como se indicó, **la entidad administradora** por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida, es el Instituto de Seguros Sociales –ISS, de acuerdo con el citado artículo 52 de la ley 100 de 1993 y ésta fue la entidad que recibió las cotizaciones de las mencionadas funcionarias **en el período durante el cual ocurrió el hecho que da lugar al pago de la pensión correspondiente**, entendiéndose por tal hecho el momento en el cual dichas funcionarias cumplieron los requisitos de semanas cotizadas y de edad para obtener la pensión respectiva, razón por la cual es al ISS, como entidad administradora, a quien le corresponde por competencia, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de las funcionarias solicitantes.

De otra parte, es bueno anotar que el mismo decreto 1068 reglamentó la declaratoria de insolvencia de las cajas y fondos que venían recibiendo y administrando cotizaciones, y reconociendo y pagando pensiones antes de la vigencia del Sistema General establecido por la

ley 100 de 1993. Es claro este decreto al señalar que las cajas declaradas insolventes debían ser liquidadas y que serían sustituidas por fondos territoriales en el pago de las pensiones de sus afiliados para lo cual fijó como plazo perentorio el 2 de enero de 1996.

Ahora bien, el Instituto invoca como relevo de su competencia, la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 1º del decreto 2527 del 4 de diciembre de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", el cual establece:

"Artículo 1º.- Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones.- Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas **mientras subsistan dichas entidades** respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:

(...)

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales **que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público,** aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones.

(...) (Destaca la Sala)".

Se observa que este decreto reglamenta, entre otros, el artículo 52 de la ley 100 y en consecuencia, se debe entender que se refiere necesariamente a las entidades administradoras del régimen de prima media, cuya existencia jurídica haya perdurado y que se distinguen de los fondos-cuenta pagadores de pensiones.

Así las cosas, la Sala encuentra que la disposición del numeral 3º del artículo 1º del decreto 2527 de 2000, no resulta aplicable en el caso planteado, en razón a que, de una parte, no se cumple el requisito de que la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, que era la entidad administradora existente al momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones en el Distrito Capital, esto es, el 30 de junio de 1995¹, hubiera subsistido y, de otra parte, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. **no constituye, jurídicamente, la misma entidad, ni es administrador del sistema.**

Al respecto, la Sala hace las siguientes consideraciones:

¹ Artículos 151 de la ley 100 de 1993, 1º del decreto reglamentario 1068 de 1995 y 1º del decreto distrital 348 de 1995.

1) El decreto distrital 349 del 29 de junio de 1995 declaró insolvente a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital para administrar el sistema general de pensiones (art. 1º) y señaló que los servidores públicos distritales que eligieran el régimen solidario de prima media con prestación definida, podían continuar afiliados a esa Caja hasta el 31 de diciembre de 1995 (art. 2º), fecha hasta la cual la Caja reconocería y pagaría a sus afiliados las prestaciones económicas legales (art. 3º), siendo sustituida a partir del 1º de enero de 1996, por el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. "en el pago de pensiones" (art. 4º). Posteriormente la Caja fue liquidada.

2) El decreto distrital 350 de la misma fecha, 29 de junio de 1995, creó el Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C.², como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita a la Secretaría de Hacienda Distrital, cuyos recursos se manejan mediante encargo fiduciario. Este Fondo, desde el 1º de enero de 1996, sustituyó a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital en la obligación de pago de las pensiones.

3) De otra parte, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. se diferencia ostensiblemente de la Caja de Previsión Distrital, toda vez que carece de personería jurídica, y no administra el sistema general de pensiones.

El Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. no es una entidad administradora del sistema, sino una cuenta especial, manejada fiduciariamente, bajo la responsabilidad de la Secretaría de Hacienda del Distrito, destinada esencialmente al pago de pensiones.

Este Fondo no era entonces, "la entidad" encargada de reconocer y pagar pensiones a nivel distrital, a 30 de junio de 1995, "que hubiera subsistido" y en consecuencia, a la cual se le pudiera endilgar la responsabilidad de reconocer y pagar las pensiones conforme al artículo 52 de la ley 100 de 1993 y en los eventos expresamente establecidos por el artículo 1º del decreto 2527 de 2000.

Por último, es bueno precisar que en el presente caso, se debe dar aplicación al **principio de favorabilidad en materia laboral**, y en consecuencia, el Instituto de Seguros Sociales –ISS debe reconocer la pensión que les sea más favorable a las peticionarias, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 53 de la Constitución y refrendado por el 288 de la ley 100 de 1993, en estos términos:

² Hoy denominado Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., según el artículo 1º del decreto distrital 1150 de 2000.

“Artículo 288.- Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en leyes anteriores.- Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, **siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley”.**

Es de anotar que las mencionadas funcionarias otorgaron su consentimiento para que la Secretaría de Hacienda Distrital revocara las resoluciones de reconocimiento de la pensión con cargo al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., de acuerdo con el régimen de transición, y presentaron una nueva solicitud al Instituto de Seguros Sociales, con lo cual tácitamente renunciaron a la aplicación de dicho régimen y se acogieron al régimen pensional común, por serles más favorable.

En consecuencia, si las mencionadas funcionarias consideran más favorable la aplicación del régimen ordinario, dispuesto por los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, en razón al exceso de semanas cotizadas, se les debe aplicar ese régimen ordinario en su totalidad, cumpliendo en esta forma, además de las normas primeramente citadas, el aludido principio de favorabilidad en materia pensional y el precepto del sistema general de pensiones establecido en el literal f) del artículo 13 de la ley 100, que dice:

“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”.
(Resalta la Sala).

Para concluir, se anota que de acuerdo con el artículo 17 de la ley 549 de 1999 y demás normas concordantes, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. debe tramitar y entregar al Instituto de Seguros Sociales –ISS el respectivo bono pensional, para el reconocimiento de la pensión de vejez de las mencionadas funcionarias.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Declárase que el Instituto de Seguros Sociales –ISS, es la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez de las señoras BERTHA STELLA GRANADOS PUENTES, GLADYS ESPINEL ALVAREZ, FLOR MARÍA LOZADA SUÁREZ y ALBA MARÍA CASTRO DE SANDOVAL, dando aplicación a lo dispuesto por los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993 y solicitando a la Secretaría de Hacienda Distrital –Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., de conformidad con el artículo 17 de la ley 549 de 1999 y normas concordantes, el correspondiente bono pensional.

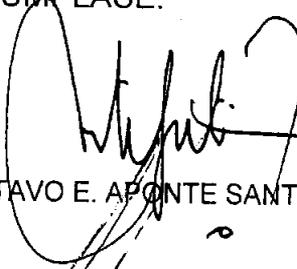
Segundo.- Reconócese personería al doctor Nelson Javier Otálora Vargas, como apoderado de la Secretaría de Hacienda Distrital – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., y al doctor Gustavo Armando Vargas, como apoderado del Instituto de Seguros Sociales, en la presente actuación.

Tercero.- Comuníquese esta decisión a la Secretaría de Hacienda Distrital – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y al Instituto de Seguros Sociales.

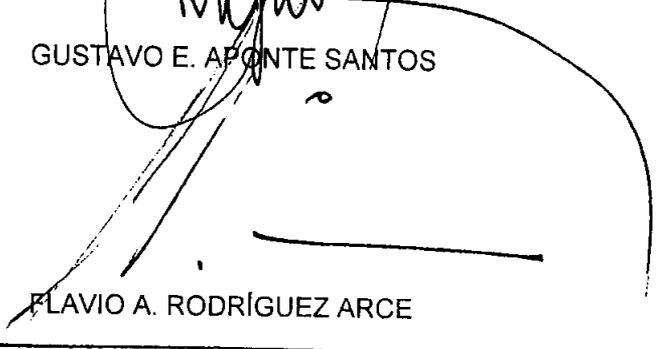
Cuarto.- Sin costas, por tratarse de una actuación administrativa.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala


GUSTAVO E. AFONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
AUSENTE CON PERMISO.


FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE


LIDIA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala