



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008).-

Ref.: Expediente No. 11001-03-06-000-2008-00027-00

Conflicto de Competencias Administrativas.

Actor: Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP) contra Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Define la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas planteado por el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES** (en adelante FONCEP) frente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), referente a qué autoridad es la competente para realizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor JOSÉ ANTONIO VELASQUEZ, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 37 (sic) de la Ley 100 de 1993.

1. SOLICITUD DE TRÁMITE DEL CONFLICTO.

Mediante memorial presentado el 3 de abril de 2008, por el doctor Carlos Hernán Rodríguez Achury, en su calidad de apoderado del **FONCEP** formula a la Sala proceso de definición de competencias administrativas, entre el **FONCEP** y el **ISS**, a fin de determinar a quien corresponde la competencia para reconocer y pagar la pensión de vejez.

La solicitud se presenta en razón a que el **ISS** se declaró incompetente para hacer el reconocimiento de la pensión con base en la transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos, de que trata la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Por lo tanto, esta entidad, ordenó remitir los documentos de la solicitud de la prestación económica de pensión de vejez al **Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C.**, por considerar que la entidad competente para reconocer la prestación es la SECRETARÍA DE HACIENDA DEL DISTRITO, la que a su vez, se declaró carente de competencia para dicho reconocimiento.

2. ANTECEDENTES.

1) El señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez ante el **ISS**, quien a su vez remitió toda la documentación pertinente al **FONCEP** señalando:

“...Que en el caso sublite, y de acuerdo con la certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público obrante a folio 20, Se estableció que **la última vinculación laboral del asegurado fue precisamente con la citada entidad; razón por la cual, es la SECRETARÍA DE HACIENDA DEL DISTRITO**, la entidad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez...”¹ (folio 94 cuaderno 2) (Resalta la Sala).

2) Por su parte, el **FONCEP** niega el reconocimiento de pensión de vejez solicitada por el señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ, remitida por **ISS** con fundamento en lo siguiente:

...“en el auto del Seguro social, quedó establecido que solicitado a la gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados el reporte de las semanas cotizadas por el asegurado ante el ISS, se pudo establecer que **NO** figuran aportes hacia el ISS, después de 1980.

Que la ley 71 de 1988, en su artículo 7º establece: A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, **tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón** y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, solo podrían acumularse los siguientes tiempos: 4.909 días de aportes efectuados a la Caja de Previsión Social del Distrito y 1941 cotizados al ISS, para un total de 6.850 Días.

Que conforme los tiempos relacionados, no es posible acceder al reconocimiento de la **pensión por aportes**, establecida en la Ley 71 de 1988, **por cuanto no se podrían tener en cuenta los 721 días del Ministerio de defensa, toda vez que no se efectuaron aportes para tal efecto.**

... **a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones (30 de junio de 1995), no había cumplido (20) años de servicio afiliado a la Caja de Previsión Social del Distrito, para que sea el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. la entidad competente de la prestación económica** si hubiere lugar a ello y adicionalmente no reúne los requisitos que hagan viable el reconocimiento de ninguna de las prestaciones contempladas para los beneficiarios del régimen de transición...”². (Cf. Folios 97, 98, 99 cuaderno 2) (Resalta la Sala).

3) El señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 0041 del 06 de febrero de 2007 por considerar “...*que se me ha hecho objeto de tratamiento discriminatorio, al no tomarse en cuenta el tiempo de servicio militar a pesar de lo que*

¹ Auto No. 158 de 2006. Instituto del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital.

² Resolución No. 0041 del 6 de febrero de 2007. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y pensiones.

dispone la Ley 48 de 1993, y de que el Ministerio de Defensa está emitiendo bonos pensionales...”³ (folio 102 cuaderno 2).

4) El **FONCEP** al resolver el recurso confirma su decisión de negar el reconocimiento de la pensión de vejez mediante Resolución No. 0406 del 02 de abril de 2007 (folio 105 cuaderno 2).

5) Mediante auto No. 0012 del 02 de abril de 2007 el **FONCEP**, ordena trasladar la solicitud de pensión de vejez del señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ, con todos los soportes al SEGURO SOCIAL por considerar que esta es la entidad competente para dicho reconocimiento, en virtud del artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7º de la ley 71 de 1988, que indica que no será computable para obtener pensión de jubilación por aportes el tiempo “...**laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege**...”, pero además agrega en la parte motiva de dicho auto que: (...) *Revisado el expediente pensional se observa que el tiempo acreditado en el Ministerio de Defensa para efectos de pensión, es asumido por este; por lo tanto dicho Ministerio no realizó aporte alguno para pensión durante el tiempo del servicio militar*... (folio 107 cuaderno 2).

6) El **ISS** no tramita la solicitud de pensión y nuevamente remite al **FONCEP** la documentación ya que considera que es ésta la entidad llamada a conceder la pensión de vejez señalando ya que como “*consta en la copia de certificación laboral emitida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y que obra dentro de la carpeta pensional No. 23044, así como lo mencionado por el auto 0012 del 02 de abril de 2007, emitido por el FONCEP, la mencionada entidad, no realizaba aportes para pensión, por lo tanto la misma entidad es la encargada de responder por el bono o cuota parte respectivo en caso de reconocimiento de pensiones*”⁴ (folio 110 cuaderno 2).

7) Finalmente, el **FONCEP** mediante auto 00041 de 06 de septiembre de 2007 (folios 113 a 115 cuaderno 2), ordena remitir por competencia la documentación de solicitud de pensión de vejez del señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ al Seguro Social, pero reconoce “...*que el Ministerio de Defensa Nacional, mediante oficio No. OF107-1433 del 12 de marzo de 2007, envió el Certificado Laboral de Empleadores para Bono Pensional No. 25104...*”

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Gustavo Aponte Santos (folio 15 cuaderno 1) y se fijó en lista, por el término de tres (3) días hábiles (folio 18 ibidem), de conformidad con lo dispuesto

³ Nota citada: Resolución No. 0406 del 2 de abril de 2007. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y pensiones.

⁴ Auto No. 492 del 15 de agosto de 2007. Instituto del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital.

por el párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, durante el cual se presentó solamente el alegato del doctor Carlos Hernán Rodríguez Achury apoderado de el **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP)**, según el informe secretarial (folio 20 ibidem).

El apoderado del **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP)** ratifica que la entidad responsable del pago de la pensión es el **ISS**. Igualmente, que el peticionario no tiene derecho al reconocimiento de pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988 reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, porque no se pueden computar los tiempos de servicios prestados en el Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que durante ese período no se efectuaron los aportes para pensión, por lo tanto no se reúnen los requisitos de la norma para acceder a la modalidad prestacional.

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 párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005.

4.2 Marco Legal.

El artículo 7º de la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, "*Pensión de jubilación por Aportes*" dispone:

(...)

"ARTICULO 7º. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores **que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social** que hagan sus veces, **del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales**, tendrán **derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón** y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer".⁵ (Resalta la Sala).

⁵ Esta modalidad prestacional fue declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-012 de 1994 M.P.: Antonio Barrera Carbonell, al estudiar la constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 antes transcrito, en el entendido que "...el legislador no podría, sin afectar los derechos adquiridos que protege el artículo 58 de la Constitución y particularmente el artículo 53, en materia laboral, reglamentar lo relativo a los requisitos para obtener el derecho a una pensión, con respecto a las personas que tienen una situación jurídica particular consolidada, esto es, que ya han adquirido el derecho a disfrutar de la pensión; pero en cambio, es posible que el legislador modifique, en cualquier momento, en virtud de la ley, la

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, señala que la entidad competente para efectuar el pago de la pensión de jubilación por aportes es la última a la cual se cotizó y, en lo territorial, en caso de liquidación de la obligada, es responsable la entidad que la sustituya. Dice así la citada norma:

“ARTICULO 10. ENTIDAD DE PREVISION PAGADORA. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

(...)

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituyan en el pago”. (Resalta la Sala).

Adicionalmente, el Decreto reglamentario 1068 del 23 de junio de 1995⁶ en el artículo 23, coincide con el anterior al señalar que el Fondo de Pensiones del nivel Territorial respectivo es la entidad que debe reconocer y pagar las pensiones, por ser el sustituto de la Caja de Previsión Social declarada insolvente. Al respecto indica el mencionado artículo 23:

“Decreto 1068 de 1995

(...)

Artículo 23. SUSTITUCION POR EL FONDO DE PENSIONES TERRITORIAL. Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, podrán continuar pagando las mesadas pensionales a su cargo hasta el momento de la sustitución por parte del fondo de Pensiones Territorial” (Resalta la Sala).

Esta facultad fue ejercida por el Distrito Capital de Bogotá mediante Decreto 349 de 1995, por el cual la Caja de Previsión Social se declaró insolvente y sustituida en el pago de pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas Distrital. Hoy en día esa función se le asignó al

situación jurídica general u objetiva, atinente a los requisitos para tener derecho a una pensión”..., resolviendo que el efecto jurídico de la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad “se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, *por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad*”⁵, (Resalta la Sala).

⁶ 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.

FONCEP en del Acuerdo 257 de 2006⁷ expedido por el Concejo de Bogotá D.C.

4.3 Caso Concreto.

1) El señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación por aportes el 02 de octubre de 2006 al **ISS**. Según consta en el expediente nació el 05 de noviembre de 1939, es decir, que a la fecha tiene 68 años de edad. Prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional sin realizar cotización para pensión, entre el 30 de septiembre de 1965 al 30 de septiembre de 1967. Al Seguro Social del 14 de enero de 1975 al 7 de mayo de 1980 y a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital "EDIS", desde el 16 de febrero de 1981 al 4 de octubre de 1994, momento en el que ocurre su retiro de la vida laboral como trabajador oficial afiliado a la Caja de Previsión Social Distrital, siendo entonces ésta, su última empleadora.

2) La entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme al párrafo del artículo 151, el Decreto reglamentario 1068 del 23 de junio de 1995 y el Decreto distrital 348 de 1995, para los servidores públicos en los niveles departamental, municipal y distrital, fue el 30 de junio de 1995.

En consecuencia, el 30 de junio de 1995, fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, el señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ quedó cobijado por el régimen de transición, pues ya había cumplido con lo previsto en los incisos 2º y 6º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecen lo siguiente:

Artículo 36. Régimen de Transición.

(...)

*"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que **al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*

(...)

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y

⁷ Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones.

liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos". (Resalta la Sala).

Además, este criterio se confirmó con la expedición del Decreto 2527 de 2000 reglamentario del citado artículo 36 indicando que:

"Artículo 4º **Conservación de Beneficios del Régimen de Transición.** De conformidad con el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tenían las edades o el tiempo de servicio o de cotización previsto en dicha disposición, **serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.** Para efectos de determinar el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios, en los regímenes de transición previstos en el segundo inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo **se sumarán los tiempos de servicios o el número de semanas cotizadas en distintas entidades** cuando así lo **haya previsto el régimen de transición** que se aplique". (Resalta la Sala).

3) Por lo tanto, es claro que el peticionario cumplía los requisitos del régimen de transición que en este caso corresponde al previsto en la Ley 71 de 1988 y su Decreto reglamentario. Así las cosas, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, está a cargo del **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP)**. Lo anterior surge de la verificación de los requisitos exigidos por dicha ley:

a. La solicitud de pensión fue presentada el día 2 de octubre de 2006, fecha en la cual el señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ tenía **67 años** de edad.

b. Trabajó en las siguientes entidades:

- 721 días en el Ministerio de Defensa Nacional, que es un organismo del sector público y si bien no cotizó para pensión emitió el certificado requerido para bono pensional.
- 1941 días con empleador privado afiliado al Seguro Social.
- 4909 días en la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital "EDIS", entidad del sector público.

Tiempo total para pensión 7571 días, equivalentes a **21 años**, 11 meses.

c. Su retiro del servicio se produjo el día 4 de octubre de 1994, estando afiliado a la Caja de Previsión Social del Distrito, que fue liquidada y sustituida por el Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C.⁸

d. El Sistema General de Pensiones entró en vigencia para trabajadores oficiales el 30 de junio de 1995.

⁸ Decreto 349 de junio 29 de 1995 Artículo 3º.- Sustitución. A partir del primero de enero de 1996 el Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C., sustituirá a la Caja de Previsión Social en el pago de pensiones".

e. El FONCEP asume la administración del Fondo de Pensiones Publicas de Bogotá D.C.⁹

4) Como se observa, al asunto no le son aplicables los artículos 33 (pensión de vejez) y 37 (indemnización sustitutiva de la pensión de vejez) de la Ley 100 de 1993, puesto que los requisitos que reúne el peticionario son los de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 “Régimen de Transición” y 7° de la Ley 71 de 1988 “Pensión de Jubilación por Aportes”.

5) De otra parte, considera la Sala, que el FONCEP no puede negarse a hacer el reconocimiento, por el hecho de que el peticionario no haya realizado las cotizaciones correspondientes al período entre el 30 de septiembre de 1965 al 30 de septiembre de 1967, tiempo en el cual estuvo al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, puesto que este Ministerio reconoció su obligación mediante “*Certificado Laboral de Empleadores para Bono Pensional No. 25104*”, como se indicó en los antecedentes, en virtud de lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 48 del 3 de marzo de 1993.¹⁰

De todas maneras, es claro que el **ISS** deberá, a su vez, expedir un bono pensional a favor del trabajador y con destino al **FONCEP**, por todos los aportes recibidos del solicitante, liquidado de acuerdo con la ley.

6) Por último, sobre la consideración del **FONCEP** en el sentido de que este caso debe decidirse en la misma forma que el Conflicto de Competencias Administrativas con Radicado No. 11001-03-06-000-2006-00122-00 del 18 de enero de 2007, en el cual se declaró competente al **ISS** para reconocer y pagar unas pensiones conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio de favorabilidad, aclara la Sala que en aquella controversia las situaciones fácticas y jurídicas eran distintas, puesto que las peticionarias inicialmente cotizaron a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital y luego, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, realizaron Cotizaciones al ISS, entidad a la que presentaron la solicitud por considerarla más favorable en razón al exceso de semanas cotizadas, con lo cual renunciaron tácitamente al régimen de transición.

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

⁹ Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006. El Concejo de Bogotá D.C., **Artículo 65**. Objeto y funciones básicas del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - **FONCEP**. El objeto del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP es **reconocer y pagar las cesantías y las obligaciones pensionales a cargo del Distrito Capital, el cual asume la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá.** (Resalta la Sala).

¹⁰ “...el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez...”. (resalta la Sala).

RESUELVE

Primero.- Declárase que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), del Distrito Capital de Bogotá, es la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ.

Segundo.- Reconócese personería al doctor Carlos Hernán Rodríguez Achury, como apoderado del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), en la presente actuación.

Tercero.- Ordénese el envío y remisión de los antecedentes relacionados con la solicitud de pensión de jubilación por a portes del señor JOSE ANTONIO VELASQUEZ al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP).

Cuarto.- Comuníquese esta decisión a el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), y al Instituto de Seguros Sociales.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala