

FONDOS DE PENSIONES - Cumplen función pública porque administran contribuciones parafiscales / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Su administración constituye función pública / PROTECCION S.A. - Cumple función administrativa porque administra contribuciones parafiscales y reconoce y paga pensiones / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Lo son los aportes y cotizaciones a la seguridad social

El elemento definitorio para la aseveración de que el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. es de carácter privado, pero desarrolla funciones públicas administrativas, se fundamenta en que ese fondo privado recauda y administra contribuciones parafiscales, constituidas por las cotizaciones de los empleados y los aportes de los empleadores para las pensiones, y adicionalmente, reconoce y paga dichas pensiones, las cuales se inscriben dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 48 de la Constitución, se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado. De acuerdo con la jurisprudencia, el recaudo y la administración de contribuciones parafiscales, como son los aportes y cotizaciones a la seguridad social, ya sean de pensiones o de salud, constituyen ejercicio de funciones públicas administrativas, ya que tales contribuciones son gravámenes obligatorios de naturaleza pública, derivados de la soberanía impositiva del legislador, regulados igualmente por éste en cuanto a su manejo y destinación, y sujetos a la vigilancia de los organismos públicos de control.

Nota de Relatoría: se remite a la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional, que señala que la administración de contribuciones parafiscales en general significa el ejercicio de funciones públicas.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Puede ser promovido por una persona interesada en el trámite

Definido lo anterior, la Sala observa, de otra parte, que la solicitud de definición de los conflictos de competencias no necesariamente debe ser planteada por una de las entidades involucradas sino que puede ser promovida a iniciativa de la persona interesada, en este caso, la señora María del Socorro Hernández Bueno, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del C.C.A., adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005.

SEGURIDAD SOCIAL - Derecho fundamental y servicio público. Relevancia / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Relevancia

A manera de premisa a este análisis, resulta necesario destacar la enorme importancia que tiene la seguridad social como derecho fundamental y

servicio público desarrollado tanto por entidades públicas como privadas, bajo la dirección y control del Estado, dada la gran incidencia de las prestaciones que se derivan de ella, en la vida y la protección de las personas y las familias, de modo que debe ser garantizada siempre su adecuada y oportuna operatividad.

Nota de Relatoría: sobre la relevancia del derecho a la seguridad social, se remite a las sentencias C-125 de 2000, Corte Constitucional.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Entre Fonprecon y Protección S.A. / FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA FONPRECON - Entidad competente para resolver solicitud de pensión de jubilación. Negligencia en el trámite de traslado de afiliado / PENSIONES - Responsabilidad de entidades administradoras en traslado de afiliados / ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES - Responsabilidad en el traslado de afiliados

La Sala encuentra, con base en los antecedentes expuestos y la actuación cumplida, que en el presente caso se configura un conflicto negativo de competencias, en la medida en que tanto FONPRECON como PROTECCIÓN S.A. declaran que no son competentes para efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno. La solicitud de traslado obedecía fundamentalmente al deseo de la señora Hernández Bueno de afiliarse al régimen pensional de prima media con prestación definida, y beneficiarse del régimen de transición, ejerciendo la facultad reconocida por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1024 de 2004 que declaró exequible la parte final del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, en el sentido de que el empleado o trabajador que se haya afiliado al régimen de ahorro individual, puede pasarse al de prima media y acogerse, si le es aplicable, al régimen de transición. (...) En esta actuación se observa que la señora Hernández Bueno hizo la solicitud de traslado a la nueva administradora, FONPRECON, el 8 de febrero de 2007, es decir con suficiente anticipación a su retiro del cargo ocurrido el 31 de diciembre de 2007. FONPRECON, en oficio del 22 de febrero de 2007, le contestó que procedía a hacer el trámite correspondiente de lo cual se infiere, de acuerdo con la norma acabada de citar, que el traslado debió surtir efectos desde el 1º de abril de 2007. Sin embargo, tan sólo hasta el 8 de noviembre de 2007, FONPRECON informó a PROTECCIÓN S.A. la decisión de trasladarse de la solicitante. Resulta importante destacar que la Circular 19 de 1998 asigna la responsabilidad del cumplimiento de los términos y disposiciones del procedimiento de traslado de afiliados del sistema general de pensiones a las entidades

administradoras, no a los solicitantes. Las circunstancias anteriores explican el por qué no hubo cotizaciones de la señora Hernández Bueno a favor de FONPRECON, antes de su desvinculación del Senado de la República. Pero ésto es distinto a sostener que no hubo afiliación a FONPRECON o que la mencionada señora sólo estuvo afiliada a éste tres días, en calidad de no cotizante para pensión y que su estado es “inactivo”, como dice la certificación de FONPRECON del 19 de junio de 2009, por cuanto de conformidad con lo explicado, se dio aplicación a la Circular No. 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y además, tanto la solicitud de traslado como la aceptación por parte de la administradora anterior, PROTECCIÓN S.A., se produjeron durante la vigencia de la vinculación laboral de la señora Hernández Bueno con el Senado. Adicionalmente, es bueno recordar que aunque el giro de los aportes hechos a PROTECCIÓN se efectuó después del retiro de la señora Hernández Bueno, FONPRECON los recibió y los conserva en la actualidad, según se infiere del oficio de FONPRECON de respuesta al requerimiento, con el cual remite fotocopias de los documentos de traslado de los dineros. En conclusión, compete a FONPRECON resolver la solicitud de pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno, para lo cual debe lógicamente adelantar el estudio de fondo del cumplimiento de los requisitos legales y de distribución de las cuotas partes pensionales de las entidades que estarían obligadas a concurrir al pago de esta prestación social.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil nueve (2009).-

Ref.: Expediente No. 11001-03-06-000-2009-00030-00

Conflicto de Competencias Administrativas.

**Partes: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –
FONPRECON C/ Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN
S.A.**

Solicitante: María del Socorro Hernández Bueno.

Define la Sala el conflicto **negativo** de competencias administrativas planteado por la señora María del Socorro Hernández Bueno, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.279.616 de Cali, entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON (en adelante FONPRECON) y el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. (en adelante PROTECCIÓN S.A.), con la finalidad de establecer cuál de estas dos entidades es la competente para resolver su solicitud de pensión de jubilación.

1. SOLICITUD DE TRÁMITE DEL CONFLICTO.

Mediante memorial del 13 de abril de 2009, recibido por la Secretaría de la Sala el 21 del mismo mes y año, la señora María del Socorro Hernández Bueno solicita a la Sala “definir qué entidad entre FONPRECON y PROTECCIÓN S.A., debe resolver mi solicitud de pensión de jubilación” (folios 1 a 3 Cuaderno 1).

2. ANTECEDENTES.

Con base en los hechos relacionados por la señora María del Socorro Hernández Bueno en el citado memorial (folios 1 a 3), precisados o complementados por los documentos adjuntos a dicho memorial (folios 4 a 20), y teniendo en cuenta la documentación presentada por las partes (folios 28 a 46) ante requerimientos efectuados (folios 26 y 27) en virtud del Auto para mejor proveer dictado por el Consejero Ponente el 2 de junio de 2009 (folio 25), se exponen a continuación, en orden cronológico, los antecedentes y hechos de este conflicto:

1) La señora María del Socorro Hernández Bueno nació en Cali el 24 de octubre de 1953 (folios 1 y 4) , es decir, que en el momento actual tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad, y laboró en el sector público durante veintiséis (26) años, cinco (5) meses y veintiocho (28) días, tiempo en el cual prestó sus servicios al Departamento del Valle del Cauca, a la Cámara de Representantes y al Senado de la República, según afirma en el memorial de solicitud de solución del conflicto (folios 1 a 3).

2) La mencionada señora se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. el 1º de enero de 2004, estando al servicio de la Cámara de Representantes (folios 29 a 31).

3) **El 8 de febrero de 2007** la señora Hernández Bueno solicitó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON, “su afiliación a esa entidad, y que procedieran a comunicar a la Tesorería del Senado para que hiciera efectivo los descuentos correspondientes y los pusiera a disposición de dicho Fondo”, de acuerdo con lo expuesto por el doctor León Darío Trujillo, apoderado de la señora Hernández Bueno.

4) En la petición de traslado de PROTECCIÓN S.A. a FONPRECON, la señora María del Socorro Hernández manifestó su decisión de retirarse del régimen de ahorro individual con solidaridad y acogerse al régimen solidario de prima media con prestación definida, **para beneficiarse del régimen de transición**, como lo expresó en el memorial de solicitud de solución del conflicto:

“y como quiera que me cobija el régimen de transición, tengo derecho a que se me reconozca la pensión de jubilación, pues, además, soy mayor de 50 años y tengo más de 20 años de servicios “ (folio 1).

5) **El 22 de febrero de 2007**, mediante oficio DPE-320 No. 0918, el doctor Jesús Alberto Ramos Herrera, Jefe de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, informó a la peticionaria, respecto de su solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida, que se requería la aceptación de la anterior administradora de pensiones y el diligenciamiento de un formulario por parte del empleador para empezar a efectuarle los descuentos por nómina (folio 20).

6) **El 8 de noviembre de 2007**, en comunicación DPE-320-2662, el Jefe de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, le informó a PROTECCIÓN S.A., que la señora Hernández Bueno había decidido afiliarse a FONPRECON solicitándole el concepto sobre el traslado, y pidiéndole que si era procedente, realizara la transferencia de los aportes (folio 43).

7) **El 19 de diciembre de 2007**, por medio del oficio 1050010-156291, la doctora Liliana Betancur Uribe, Ejecutiva Jurídica de PROTECCIÓN S.A., le comunicó al Jefe de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, que dicha Administradora de Pensiones había determinado que la solicitud de traslado hacia FONPRECON **era viable**, y por tanto, consignaría los respectivos aportes en la cuenta bancaria de esta entidad “tal y como usted lo requiere” (folios 18 y 19).

8) La peticionaria, “laboró al servicio del Senado de la República **hasta el día 31 de diciembre de 2007**”, según lo manifestó su apoderado en los derechos de petición dirigidos a PROTECCIÓN S.A. el 27 de octubre de 2008 y el 4 de febrero de 2009 (folios 8 y 10, respectivamente).

9) **El 19 de febrero de 2008 PROTECCIÓN S.A. trasladó a FONPRECON los aportes correspondientes a la señora Hernández Bueno** por un valor de siete millones cuatrocientos treinta y tres mil novecientos veinte pesos (\$7.433.920), conforme se señala en las comunicaciones de PROTECCIÓN S.A. No. 1035030-158681 de ese día a FONPRECON, con copia de la consignación y la relación de los afiliados trasladados (folios 44 a 46), No. 1035030-023233 del 8 de septiembre de 2008 a la señora Hernández Bueno (folio 32) y No. 1035060-50012 del 6 de febrero de 2009 a su apoderado (folio 39). Cabe señalar que en estas dos últimas comunicaciones, al igual que en la carta de respuesta de PROTECCIÓN S.A. al requerimiento (folios 29 y 30), se dice que en febrero de 2008 se radicó la solicitud de traslado, la cual fue aprobada por PROTECCIÓN S.A. el 18 de febrero de 2008, **pero, como se advierte en los hechos anteriores, FONPRECON le informó sobre la decisión de la afiliada de trasladarse y solicitó el respectivo concepto en carta del 8 de noviembre de 2007, recibida el día 9, y PROTECCIÓN S.A. conceptuó que el traslado era viable el 19 de diciembre de 2007 (Antecedentes Nos. 6 y 7).**

10) El 4 de abril de 2008, bajo el radicado No. 313, la peticionaria presentó ante FONPRECON la solicitud de pensión de jubilación, por considerar reunidos los requisitos establecidos en la ley, en cuanto a tiempo de servicio y edad, según se lee en el Auto citado a continuación (folio 6).

11) El 11 de junio de 2008, mediante Auto, FONPRECON estableció que el tiempo de servicio en el sector público acreditado por la señora María del Socorro Hernández Bueno, era de veintiséis (26) años, cinco (5) meses y veintiocho (28) días, de acuerdo con la siguiente relación:

a) En la Gobernación del Cauca (sic): del 10 de febrero de 1970 al 2 de septiembre de 1992: 22 años, 6 meses y 23 días.

b) En la Cámara de Representantes: del 9 de diciembre de 2003 al 19 de julio de 2006: 2 años, 7 meses y 11 días.

c) En el Senado de la República: del 9 de agosto de 2006 al 2 de diciembre de 2007: 1 año, 3 meses y 24 días.

En este Auto FONPRECON expresó lo siguiente:

“Que la señora HERNÁNDEZ BUENO nunca fue afiliada al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República ni cotizó para pensión al mismo, razón por la cual, **se procederá a remitir por competencia** el expediente No. 22019 de la señora MARÍA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BUENO al Fondo Privado PROTECCIÓN, para que decida según corresponda.

Que de acuerdo con lo anterior, **corresponde al Fondo Privado PROTECCIÓN o quien haga sus veces, y no al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, el estudio y eventual reconocimiento de la prestación solicitada**” (folio 7) (Resalta la Sala).

Finalmente, FONPRECON resolvió:

“Artículo único.- Ordenar la remisión del expediente No. 22019 de la señora MARÍA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ BUENO al Fondo Privado PROTECCIÓN para que decida según como corresponda, atendiendo lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído” (folio 7). (Resalta la Sala).

12) El 17 de julio de 2008, mediante oficio DPE 2822 No. 4647, la doctora Luz Elena Mateus Galindo, Jefe (E) de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, remitió a PROTECCIÓN S.A. el correspondiente expediente “para que esa entidad resuelva según su competencia, el reconocimiento de la pensión solicitada” (folio 5).

13) El 17 de octubre de 2008, por medio del oficio DPE 3644 No. 7118, la doctora Luz Elena Mateus Galindo, Jefe (E) de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, respondió a la peticionaria de manera negativa, una nueva solicitud de reconocimiento de la pensión, radicada el 29 de septiembre de 2008, aduciendo lo siguiente:

“Ahora bien, debemos precisar que si bien el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN mediante oficio No. 1035030-158681 del 19 de febrero de 2008, informó a esta Entidad el traslado del saldo de la cuenta individual a su nombre por un valor de \$7.433.952 a nombre de FONPRECON, **no significa con esto que FONPRECON sea la Entidad competente para el estudio de la prestación, pues reiteramos, la afiliación a esta Entidad no se formalizó**, pues durante su vinculación en la Cámara de Representantes todos los aportes se giraron al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, Entidad que deberá solicitar el traslado de dichos aportes para el estudio de su solicitud” (folio 17). (Negrillas de la Sala).

14) El 21 de octubre de 2008 el apoderado de la señora Hernández Bueno, presentó a PROTECCIÓN S.A. un derecho de petición para que se le entregara a él o se le devolviera a FONPRECON el expediente de dicha señora, para el trámite de su pensión de jubilación (folios 33 a 35).

15) Ante la negativa de FONPRECON relacionada en el Antecedente No. 13, el 27 de octubre de 2008 el apoderado de la peticionaria dirigió un derecho de petición a PROTECCIÓN S.A. para el reconocimiento de la pensión de su poderdante (folios 8 y 9).

16) El 20 de noviembre de 2008, mediante el oficio No.1050010-40010, PROTECCIÓN S.A., respondió el anterior derecho de petición indicando que dicha sociedad administradora **aprobó el 18 de febrero de 2008 la solicitud de traslado** de la señora María del Socorro Hernández Bueno a FONPRECON y **le giró a éste, el 19 de febrero de 2008**, la suma de \$7.433.920 correspondiente a los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual. Citó el artículo 14 del decreto 692 de 1994¹ y agregó:

“... la única entidad obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez es el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, entidad donde se encuentra válidamente afiliada la señora Hernández Bueno y a donde Protección S.A. trasladó los aportes efectuados durante su permanencia en el Fondo de Pensiones Obligatorias” (folio 12) (Negrillas de la Sala).

17) El 4 de febrero de 2009 el apoderado de la peticionaria, dirigió un nuevo derecho de petición a PROTECCIÓN S.A. para el reconocimiento de la pensión de su representada. Adujo que FONPRECON había manifestado en la carta del 17 de octubre de 2008, que no era la entidad encargada de ese reconocimiento y añadió:

“...Reitero, PROTECCIÓN demoró demasiado la respuesta a la solicitud de traslado haciéndolo cuando ya no laboraba, y por consiguiente, no era posible la afiliación y el descuento para esa entidad” (folio 10).

18) El 25 de febrero de 2009, por medio del oficio No. 1050010-52819, PROTECCIÓN S.A., contestó el anterior derecho de petición insistiendo que **“PROTECCIÓN S.A. no es la entidad llamada a responder por la pensión de vejez de la señora Hernández Bueno”**, con base en la misma argumentación anterior y agregó:

“Debe mencionarse que el traslado de la señora Hernández Bueno hacia Fonprecon fue realizado dentro de todos los parámetros establecidos por la Circular 019 de 1998 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia y por lo tanto no es de recibo la afirmación realizada en

¹ El artículo 14 del decreto 692 de 1994 se encuentra derogado, ya que fue subrogado por el artículo 1º del decreto 1161 de 1994 y este artículo fue derogado expresamente por el artículo 56 del decreto 326 de 1996.

la que se manifiesta que como consecuencia de la demora en el traslado, Fonprecon no reconoció la pensión de vejez a su representada” (folio 14) (Destaca la Sala).

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Gustavo Aponte Santos (folio 21) y se fijó en lista, por el término de tres (3) días hábiles (folio 22), 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, durante el cual, según el Informe Secretarial (folio 24), “las partes no presentaron alegatos ni consideraciones”.

El Consejero Ponente dictó el 2 de junio de 2009, un Auto para mejor proveer, mediante el cual dispuso que por Secretaría se oficiara a PROTECCIÓN S.A. y a FONPRECON para que enviaran al Despacho toda la información que tales Administradoras poseyeran, en relación con el caso de la señora María del Socorro Hernández Bueno.

La doctora Sonia Posada Arias, Jefe del Departamento Jurídico de PROTECCIÓN S.A., mediante oficio No. 1050010-75075 del 10 de junio de 2009, recibido en la Secretaría de la Sala el 25 de los mismos mes y año (folios 29 y 30), contestó el requerimiento anterior.

En su respuesta manifestó que la señora María del Socorro Hernández Bueno se afilió a dicho Fondo el 1º de enero de 2004, como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, por cuenta de la Cámara de Representantes, para lo cual adjuntó una fotocopia de la solicitud de vinculación No. 6511722 (folio 31), y agregó lo siguiente:

“De otro lado, en relación con el traslado de la señora Hernández Bueno, le comunico que en el mes de febrero de 2008, Fonprecom (sic) radicó en esta entidad solicitud de traslado de la señora Hernández Bueno, el cual fue aprobado el día 18 de febrero de 2008. Asimismo el traslado de los aportes se efectuó el día 19 de febrero de 2008, por un valor de siete millones cuatrocientos treinta y tres mil novecientos veinte pesos (\$7.433.920), tal y como consta en las comunicaciones con radicado No. 1035030-023233 y 1035060-50012, que se anexan”.

Adjuntó fotocopias de las citadas comunicaciones: en la primera, de fecha 8 de septiembre de 2008, PROTECCIÓN S.A. le comunicó a la señora María del Socorro Hernández Bueno, que “el 19022008 se trasladó a su nombre por concepto de Pensión Obligatoria por el proceso de traslados al Fondo de

Pensiones FONPRECOM (sic) un valor de \$7.433.920” (folio 32) y en la segunda, de fecha 6 de febrero de 2009, PROTECCIÓN S.A. le manifestó lo mismo al apoderado de la peticionaria, y señaló :

“Fonprecon radicó en nuestra administradora en el mes de febrero de 2008 una solicitud de traslado a su nombre con fecha de radicado **26/12/2007**, la cual dando cumplimiento a la Circular Externa No. 19 de la Superintendencia Financiera se procedió a tramitar, finalizando este proceso con la aprobación del traslado el 18 de febrero de 2008” (folio 39) (Negritas del texto original).

Igualmente, PROTECCIÓN S.A. adjuntó a su respuesta una fotocopia de un derecho de petición del apoderado de la señora Hernández Bueno, de fecha 21 de octubre de 2008 (folios 33 a 35), mediante el cual éste solicitó a la Jefe Bonos Pensionales de PROTECCIÓN S.A., que le entregara a él o le devolviera a FONPRECON el expediente de dicha señora, para el trámite de su pensión de jubilación, con fotocopias de los respectivos anexos consistentes en el Auto de FONPRECON del 11 de junio de 2008, en el cual se ordenó la remisión del expediente (folios 36 y 37), la carta DPE 2822 No. 4647, del 17 de julio de 2008, de FONPRECON a PROTECCIÓN S.A. de envío del expediente de 31 folios, (folio 38), y la Guía crédito No. 1001256043 del 17 de julio de 2008 de Servientrega (folio 40).

Por su parte, la doctora Nakarith Posada Romero, Subdirectora de Prestaciones Económicas de FONPRECON, contestó el requerimiento, mediante el oficio SPE-400-05288 del 19 de junio de 2009, recibido por la Secretaría de la Sala el 24 de los mismos mes y año, con el cual remitió estos documentos:

1) Una constancia expedida por ella, **de fecha 19 de junio de 2009**, según la cual la señora María del Socorro Hernández Bueno estuvo afiliada a dicho Fondo en calidad de no cotizante en pensión “a partir del 01 de diciembre de 2007 hasta el 03 de diciembre de 2007 y su estado es INACTIVO” (folio 42).

2) Una fotocopia de la comunicación DPE-320-2662 **del 8 de noviembre de 2007** dirigida por el Jefe de la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, a la Dirección General de PROTECCIÓN S.A., mediante la cual le informó que la señora Hernández Bueno decidió afiliarse a FONPRECON para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, le solicitó conceptuar “si para el caso se dan las condiciones legales para el traslado solicitado” y le indicó un número de cuenta bancaria para, si ello era así, consignara los aportes correspondientes (folio 43).

3) Una fotocopia de la comunicación No. 1035030-158681 **del 19 de febrero de 2008** de PROTECCIÓN S.A. a FONPRECON (folio 44), por medio de la cual, de conformidad con la Circular Externa No. 19 de 1998, le remitió los saldos de las cuentas individuales y la información de los afiliados que decidieron trasladarse de PROTECCIÓN a FONPRECON, le informó que la consignación se efectuó el 19 de febrero de 2008 y le anexó dos documentos:

a) Una fotocopia de la consignación (folio 45).

b) Una fotocopia del reporte de los afiliados trasladados, uno de los cuales era la señora María del Socorro Hernández Bueno, a la cual correspondía la suma de aportes por \$7.433.920 (folio 46).

4. PLANTEAMIENTOS DE LA PERSONA SOLICITANTE.

La señora María del Socorro Hernández Bueno, en su memorial de solicitud de solución del conflicto (folios 1 a 3), expresa que tanto FONPRECON como PROTECCIÓN S.A. lo que han hecho es pasarse “la pelota el uno al otro” y ella, que no tiene ingresos ni posee bienes propios, “está avocada a una situación difícil, por la desidia e inoperancia de dos entes, que administrativamente, me han negado un derecho adquirido desde hace varios meses” (folio 2). Agrega:

“...Es más negligente y grave la posición asumida por el Fondo Privado de Pensiones PROTECCIÓN S.A., con sede en la ciudad de Medellín, como quiera que FONPRECON el 17 de julio de 2008 le remitió el expediente en donde se encontraba mi solicitud y documentos para acceder a la pensión de jubilación, y en donde le mencionaba el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, en lugar de enviar a esa H. Corporación el expediente y la solicitud para que se dilucidara la competencia, persistió simplemente en negar lo pedido”.

5. CONSIDERACIONES.

5.1 Competencia de la Sala.

La Sala es competente, 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, para conocer de la presente actuación por plantearse el conflicto de competencias administrativas entre una entidad pública, del orden nacional, a saber,

el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON, y el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., sociedad privada,

pero que cumple funciones públicas administrativas² como pasa a estudiarse.

² Los conceptos de “función pública” y “funciones públicas administrativas” que se distinguen de las “funciones públicas judiciales”, fueron precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en la cual se clarifica, igualmente, la diferencia entre el ejercicio de “funciones administrativas” y la “prestación de servicios públicos”, cuando esas actividades están en cabeza de particulares.

“(…) La Constitución utiliza el término ‘función’ para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que *‘no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento’*, en tanto que el artículo 212 superior expresa que *‘Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley’*.

“La Constitución hace referencia a las expresiones ‘función pública’ y ‘funciones públicas’ de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de ‘funciones públicas’ por los servidores públicos.

“Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como ‘funciones públicas’ la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la ‘función administrativa’ (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

“Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado (Ver sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell).

“Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

“Así las cosas, la noción de ‘función pública’ atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

“Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, **sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3)**” (Destaca la Sala).

El elemento definitorio para la aseveración de que el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. es de carácter privado, pero desarrolla **funciones públicas administrativas**³, se fundamenta en que ese fondo

³ El segundo inciso del artículo 210 de la Constitución dispone que “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

La Corte Constitucional, al igual que la Sala, en diversos pronunciamientos ha analizado la modalidad administrativa, con raíces en la Ley Básica, del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, sean éstos personas naturales o personas jurídicas privadas. Así por ejemplo, la Corte, en la sentencia C-037 de 2003, expresó:

“Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. **Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales.** Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), **la seguridad social (art. 48 C.P.)**, la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, **sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.**

“De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).

“En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, **al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.**

“Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, **los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas**, sean ellas judiciales o administrativas, **así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.**

“Sobre el particular ha dicho que :

‘Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, **que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.**’ (Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)” (Resalta la Sala).

La circunstancia de que un particular ejerza funciones públicas no cambia en absoluto su condición jurídica de particular si se trata de una persona natural o su carácter de derecho privado si se refiere a una persona jurídica, pero implica asumir la responsabilidad que le

privado recauda y administra **contribuciones parafiscales**, constituidas por las cotizaciones de los empleados y los aportes de los empleadores para las pensiones⁴, y adicionalmente, reconoce y paga dichas pensiones, las cuales se inscriben dentro del **Sistema de Seguridad Social Integral**, que de

impone la ley. En este sentido, la Corte, en la sentencia C-037 de 2003, manifestó lo siguiente:

“Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos (Ver sentencias C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.

“Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil (Ver sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz)”.

⁴ El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, decreto 111 de 1996, define las contribuciones parafiscales en los siguientes términos:

“Artículo 29.- Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. (...)”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, precisó que la contribución parafiscal hace relación a un gravamen especial, distinto de los impuestos y tasas, el cual es fruto de la soberanía fiscal del Estado, se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados, se puede imponer a favor de entidades públicas, semipúblicas o privadas que ejerzan actividades de interés general y genera recursos que no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Esta noción jurisprudencial del gravamen ha sido reiterada en numerosas sentencias, como por ejemplo, en las C-577/95, C-179/97, C-1089/03 y C-155/04. En esta última, la Corte ratificó que las cotizaciones y aportes a la seguridad social constituyen contribuciones parafiscales. Dijo la Corte:

“...Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones” (Destaca la Sala).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala, así por ejemplo, en los Conceptos No. 923 del 27 de noviembre de 1996 y No. 1480 del 8 de mayo de 2003.

acuerdo con lo establecido por el artículo 48 de la Constitución, se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia, el recaudo y la administración de contribuciones parafiscales, como son los aportes y cotizaciones a la seguridad social, ya sean de pensiones o de salud, constituyen ejercicio de funciones públicas administrativas, ya que tales contribuciones son gravámenes obligatorios de naturaleza pública, derivados de la soberanía impositiva del legislador, regulados igualmente por éste en cuanto a su manejo y destinación, y sujetos a la vigilancia de los organismos públicos de control.

Precisamente la Corte Constitucional ha expresado que **la administración de las contribuciones parafiscales en general, significa el ejercicio de funciones públicas**. Así, en la sentencia C-037 de 2003, la Corte, al explicar la primera de las modalidades de gestión de funciones públicas por particulares, señaló:

“En el mismo sentido la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar **la atribución de funciones administrativas a particulares** a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse⁵:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto **el legislador para cada caso** señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan, mediante ellos, a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades⁶.” (Resalta la Sala).

Más adelante en la misma sentencia, la Corte precisó:

“Posteriormente y luego de efectuar un recuento de la jurisprudencia en la materia la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones que señalan la

⁵ Cita de la Corte Constitucional: Ver Sentencia C- 543/2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Cita de la Corte Constitucional: Al respecto ver por ejemplo la sentencia C-308 de 1994, en la que se analizó el caso de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros. Así mismo ver la Sentencia C-543/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

aplicación de la ley disciplinaria para **los particulares que administran recursos parafiscales, acudiendo para el efecto al criterio material aludido, en tanto consideró que ellos cumplen una función pública.**

Al respecto dijo la Corte en la Sentencia C-181/02 :

(...)

‘Conforme con las consideraciones precedentes y con el hecho de que la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de las personas privadas que administran esos recursos (parafiscales) , es posible sostener que el sometimiento a la ley disciplinaria de los particulares que manejan tales recursos se encuentra acorde con los principios ya esbozados de la Carta.

Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

*En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que **los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por entidades particulares con ánimo de lucro (sociedades fiduciarias)** mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos.” (Subrayas de la Corte, negrillas de la Sala).*

Definido lo anterior, la Sala observa, de otra parte, que la solicitud de definición de los conflictos de competencias no necesariamente debe ser planteada por una de las entidades involucradas sino que puede ser promovida a iniciativa de la persona interesada, en este caso, la señora María del Socorro Hernández Bueno, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del C.C.A., adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005⁷.

5.2 Análisis del conflicto planteado.

⁷ “Además, de acuerdo a la doctrina de la Sala, la definición de un conflicto de competencia puede ser solicitada por las entidades que de él hagan parte **o por el tercero que pueda verse afectado por la decisión que las mismas vayan a adoptar.**”: Providencia del 2 de marzo de 2006. Solicitud de definición de competencias administrativas presentada por Maltería Tropical S.A.. Expediente No. : 110010306000-2006-00002-00. Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

A manera de premisa a este análisis, resulta necesario destacar la enorme importancia que tiene la seguridad social como derecho fundamental y servicio público desarrollado tanto por entidades públicas como privadas, bajo la dirección y control del Estado, dada la gran incidencia de las prestaciones que se derivan de ella, en la vida y la protección de las personas y las familias, de modo que debe ser garantizada siempre su adecuada y oportuna operatividad.

A este respecto, conviene citar lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-125 del 16 de febrero de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz):

“En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es **un derecho** irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de **fundamental por conexidad**, ‘*en la medida en que con su vulneración resultan comprometidos otros derechos que participan de esa naturaleza*’ vr. gr. la salud, la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, entre otros. Y de otra, es **un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas**, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (arts. 48 y 49 C.P.)

En un Estado social de derecho como el nuestro, **la seguridad social adquiere una trascendental importancia** pues con ella se busca no sólo la protección de la persona humana, cualquiera que sea su sexo, raza, edad, condición social, etc., sino también contribuir a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población para que puedan lograr su integración social. Por ello ha dicho la Corte que ‘*El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna*’⁸.

La seguridad social es un asunto que ‘*no sólo interesa a los fines del Estado, entendido éste como la institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares (...).*’⁹” (Resalta la Sala).

La Sala encuentra, con base en los antecedentes expuestos y la actuación cumplida, que en el presente caso se configura un conflicto **negativo** de competencias, en la medida en que tanto FONPRECON como PROTECCIÓN S.A. declaran que **no** son competentes para efectuar el

⁸ Cita de la Corte: Sent. T-116/93 M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁹ Cita de la Corte: ibidem.

reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno.

Ahora bien, como se reseñó en los Antecedentes Nos. 2 y 8, **el día 8 de febrero de 2007, es decir, con bastante anterioridad a la fecha de su desvinculación del Senado de la República, el 31 de diciembre de 2007**, la señora Hernández Bueno solicitó a FONPRECON “su afiliación a esa entidad, y que procedieran a comunicar a la Tesorería del Senado para que hiciera efectivo los descuentos correspondientes y los pusiera a disposición de dicho Fondo”, conforme lo manifestó el doctor León Darío Trujillo, apoderado de la señora Hernández Bueno, en los derechos de petición del 27 de octubre de 2008 y 4 de febrero de 2009 (Antecedentes Nos. 15 y 17 respectivamente) y se indicó en el oficio DPE-320 No. 0918 del 22 de febrero de 2007 de FONPRECON (Antecedente No. 5).

La solicitud de traslado obedecía fundamentalmente al deseo de la señora Hernández Bueno de afiliarse al régimen pensional de prima media con prestación definida, y beneficiarse del régimen de transición, ejerciendo la facultad reconocida por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1024 de 2004 que declaró exequible la parte final del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, en el sentido de que el empleado o trabajador que se haya afiliado al régimen de ahorro individual, puede pasarse al de prima media y acogerse, si le es aplicable, al régimen de transición.

Ahora bien, en relación con la entidad que debe resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación o vejez de la señora María del Socorro Hernández Bueno, se hace el siguiente análisis.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, FONPRECON, fue creado por el artículo 14 de la ley 33 de 1985 así:

“Artículo 14.- Créase como establecimiento público del orden nacional, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad social, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República”.

Una de sus funciones principales es el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del Congreso, entre otros servidores públicos. Dice la respectiva norma de la misma ley:

“Artículo 15.- Además de la función que la ley señala a los organismos de Previsión Social, el Fondo cumplirá las siguientes actividades:

1.- Efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los Congresistas, **de los empleados del Congreso** y de los empleados del mismo Fondo.
(...)” (Resalta la Sala).

En cuanto a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, la ley 100 de 1993 conservó tal función en los fondos de seguridad social, entre otros, que existían a la expedición de la ley, respecto de sus afiliados. Así lo dispuso su artículo 52:

“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 aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.
(...)”.

En el caso objeto de examen, se constata que la señora María del Socorro Hernández Bueno presentó su solicitud de traslado a FONPRECON **el 8 de febrero de 2007** cuando trabajaba en el Senado de la República, y se cumplió el procedimiento establecido para el traslado de afiliados entre entidades administradoras del sistema general de pensiones, por la Circular Externa No. 19 del 4 de marzo de 1998 de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con lo que se expone a continuación.

La citada Circular, que modificó el numeral 3 del Capítulo Primero del Título Cuarto de la Circular Básica Jurídica de dicha Superintendencia, dispone en primer lugar lo siguiente:

“3.2 Diligenciamiento del formulario.

Quando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, **expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora**, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.” (Negrillas de la Sala).

En el presente caso, se observa que la señora María del Socorro Hernández Bueno presentó la solicitud de traslado ante FONPRECON **el 8 de febrero de 2007** (Antecedentes Nos. 3 y 4) y esta entidad le contestó el 22 de los mismos mes y año que se requería la aceptación de la administradora anterior y el diligenciamiento del formulario por parte del empleador para empezarle a efectuar los descuentos por nómina (Antecedente No. 5). **El 8 de noviembre de 2007, FONPRECON** señaló que la mencionada señora decidió afiliarse a

ese Fondo y le solicitó a la anterior administradora, PROTECCIÓN S.A., que le diera su concepto sobre la viabilidad del traslado, para proceder a efectuar la transferencia de los aportes (Antecedente No. 6), con lo cual se advierte que FONPRECON aceptaba que la señora Hernández Bueno había solicitado su afiliación a ese Fondo y que procedía a realizar el trámite para el correspondiente traslado entre las dos administradoras, todo conforme a la Circular No. 19 de 1998.

De otra parte, se aprecia que FONPRECON hizo el reporte de la solicitud de traslado de la señora Hernández Bueno a la administradora anterior, PROTECCIÓN S.A., el 8 de noviembre de 2007 (Antecedente No. 6), y si bien no se ciñó al plazo establecido¹⁰, lo cierto es que con esta actuación jurídica estaba aplicando la referida Circular y por ende, dando su consentimiento al traslado, al punto que en la misma comunicación solicitaba el concepto sobre la viabilidad del mismo a PROTECCIÓN S.A y le pedía que si era procedente, le girara los aportes correspondientes a la cuenta bancaria que allí se indicaba, lo cual efectivamente se llevó a cabo, aunque no en los plazos fijados. De esta forma, se dio cumplimiento en lo sustancial a lo preceptuado por la Circular No. 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera, en el subnumeral 3.5 que dice:

“3.5 Informe de solicitudes de traslado.

La administradora anterior, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales, deberá informar a la nueva administradora, al afiliado y al empleador, si es del caso, **acerca de la procedencia o no de las solicitudes de traslado reportadas en el respectivo mes, de acuerdo con el subnumeral precedente, a más tardar el veintitrés (23) del mismo mes en que se efectuó el reporte.”**
(Destaca la Sala)

De igual manera, se encuentra que PROTECCIÓN S.A. hizo entrega a FONPRECON de los aportes para pensión de la señora María del Socorro Hernández Bueno, el 19 de febrero de 2008 y le remitió el reporte de los afiliados trasladados entre los que estaba dicha señora, (Antecedente No. 9), con lo cual se dio cumplimiento a lo dispuesto en esencia por el subnumeral 3.6 de la Circular No. 19 de 1998, que dice:

“3.6 Traslado de la información y de los saldos del afiliado a la nueva entidad administradora.

¹⁰ La Circular No. 19 de 1989 establece:

“3.4 Reporte de solicitudes de traslado a la administradora anterior.

La nueva administradora deberá informar a la administradora anterior a más tardar el octavo **(8º) día de cada mes, las solicitudes de traslado presentadas en el mes inmediatamente anterior. (...)**”.

La administradora anterior tendrá como plazo máximo treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que recibió el correspondiente reporte de solicitudes de traslados, para transferir los recursos pertinentes y remitir la información respectiva a la nueva administradora, dejando expresa constancia de dicha transferencia”.

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debía considerar trasladada a FONPRECON la señora María del Socorro Hernández Bueno, en calidad de afiliada al sistema general de pensiones, el subnumeral 3.7 de la referida Circular 19 de 1998, dispone lo siguiente:

“3.7 Efectividad del traslado ante la nueva administradora.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 326 de 1996, modificado por el artículo 32 del Decreto 1818 del mismo año¹¹, **el traslado surtirá efectos el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de vinculación realizada por el afiliado ante la nueva administradora”.** (Negrillas de la Sala).

En esta actuación se observa que la señora Hernández Bueno hizo la solicitud de traslado a la nueva administradora, FONPRECON, **el 8 de febrero de 2007** (Antecedentes Nos. 3 y 4), es decir con suficiente anticipación a su retiro del cargo ocurrido el 31 de diciembre de 2007. FONPRECON, en oficio del 22 de febrero de 2007, le contestó que procedía a hacer el trámite correspondiente (Antecedente No. 5) de lo cual se infiere, de acuerdo con la norma acabada de citar, que el traslado debió surtir efectos desde el 1º de abril de 2007. Sin embargo, tan sólo hasta el 8 de noviembre de 2007, FONPRECON informó a PROTECCIÓN S.A. la decisión de trasladarse de la solicitante (Antecedente No. 6).

Resulta importante destacar que la Circular 19 de 1998 asigna la responsabilidad del cumplimiento de los términos y disposiciones del

¹¹ El decreto 326 de 1996 fue derogado, con excepción de los artículos 31, 38 y 44, por el artículo 61 del decreto 1406 de 1999. La norma de éste, que reglamenta el aspecto del subnumeral 3.7, con el cual coincide, es el artículo 42 que dispone:

“Artículo 42.- Traslado entre entidades administradoras.- El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema.

En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

(...)” (Resalta la Sala).

procedimiento de traslado de afiliados del sistema general de pensiones a las entidades administradoras, no a los solicitantes. En efecto, el segundo inciso del subnumeral 3.10 de la misma establece:

“En todo caso, las administradoras serán responsables del cumplimiento de los términos y condiciones establecidas en el presente numeral¹² para los trámites de traslados” (Resalta la Sala).

Así las cosas, la Sala encuentra que se surtió el trámite de la solicitud conforme a la Circular No. 19 de 1998 y PROTECCIÓN S.A. determinó que el traslado era viable, según lo manifestó en oficio del 19 de diciembre de 2007 (Antecedente No. 7), es decir, también **antes del retiro de la señora Hernández Bueno del Senado de la República**, pero el giro de los aportes sólo lo realizó a FONPRECON el 19 de febrero de 2008, conforme lo expresó en los oficios relacionados en el Antecedente No. 9, **o sea con posterioridad al retiro.**

Las circunstancias anteriores explican el por qué no hubo cotizaciones de la señora Hernández Bueno a favor de FONPRECON, antes de su desvinculación del Senado de la República. Pero ésto es distinto a sostener que no hubo afiliación a FONPRECON o que la mencionada señora sólo estuvo afiliada a éste tres días, en calidad de no cotizante para pensión y que su estado es “inactivo”, como dice la certificación de FONPRECON del 19 de junio de 2009 (folio 42), por cuanto de conformidad con lo explicado, se dio aplicación a la Circular No. 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y además, tanto la solicitud de traslado como la aceptación por parte de la administradora anterior, PROTECCIÓN S.A., se produjeron durante la vigencia de la vinculación laboral de la señora Hernández Bueno con el Senado.

Adicionalmente, es bueno recordar que aunque el giro de los aportes hechos a PROTECCIÓN se efectuó después del retiro de la señora Hernández Bueno, FONPRECON los recibió y los conserva en la actualidad, según se infiere del oficio de FONPRECON de respuesta al requerimiento (folio 41), con el cual remite fotocopias de los documentos de traslado de los dineros (folios 44 a 46).

En este orden de ideas, tanto por las circunstancias de hecho referidas como por haberse cumplido el procedimiento de la circular No. 19 de 1998, en los términos aquí descritos, la Sala concluye **que la señora Hernández Bueno**

¹² Es claro que se refiere al numeral 3 de la Circular que comprende todo el procedimiento para el traslado de afiliados, pues cada vez que la Circular se refiere a ordinales que tienen un punto, por ejemplo al 3.4 o al 3.5, los califica como subnumerales.

estuvo afiliada efectivamente a FONPRECON y en tal virtud, este Fondo debe resolver su solicitud de pensión.

Ahora bien, de los antecedentes se desprende claramente que la señora María del Socorro Hernández no desea pensionarse con el régimen de ahorro individual porque la ley se lo permite y es compatible con el principio de favorabilidad. Por ello solicitó el traslado a FONPRECON (folios 1 a 3), no siendo viable, por tanto, aplicarle ahora el régimen de ahorro individual cuando ella expresamente solicitó el cambio de régimen y éste fue aceptado tanto por PROTECCIÓN como por FONPRECON, dando cumplimiento a la Circular 19 de 1998 que reglamenta los traslados.

Igualmente, se advierte la buena fe en el proceder de la señora Hernández Bueno, que la Constitución exige tanto de los particulares como de las autoridades en el artículo 83¹³, y que debe traer como consecuencia que se le resuelva su solicitud de pensión a la mayor brevedad.

El derecho de la seguridad social, al igual que el laboral, es el derecho “realidad” y en este caso es claro que no se puede desconocer la afiliación de la señora María del Socorro Hernández Bueno a FONPRECON por falta de cumplimiento de algún plazo en el trámite, no imputable a ella, cuando se está frente a una solicitud de traslado hecha oportunamente por la empleada a FONPRECON, con autorización para los descuentos, la aceptación expresa de la anterior administradora de pensiones, y los recursos económicos de los aportes en poder de FONPRECON.

En este orden de ideas, se encuentra que FONPRECON debe resolver la solicitud de pensión de la mencionada señora, dando aplicación además de la competencia conferida por los artículos 14 y 15 de la ley 33 de 1985 y el artículo 52 de la ley 100 de 1993, arriba citados, a la competencia que le asignan tanto el decreto 813 de 1994, como el decreto 2527 de 2000.

En efecto, el artículo 6º del decreto 813 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 6º.- Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos.- Tratándose de **servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social**, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.

a) Cuando **a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o**

¹³ **Constitución.- “Artículo 83.-** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o **cuenta con 35 años o más de edad si es mujer** o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión **a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.**
(...)” (Destaca la Sala).

Considerando que la señora María del Socorro Hernández Bueno estuvo afiliada a FONPRECON, este Fondo tiene competencia para resolver la solicitud de su pensión, conforme al literal citado, pues ella se encuentra dentro de sus condiciones de aplicación.

Adicionalmente, el artículo 1º del decreto 2527 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”, prescribe:

“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.

(...)” (Resalta la Sala).

Esta norma otorga competencia a FONPRECON en el caso específico del numeral 3º, en el cual se encuentra la situación fáctica de la señora María del Socorro Hernández Bueno, pues al 1º de abril de 1994 cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, la peticionaria contaba con más de 20 años de servicio, (Antecedente No. 11) y al formular su solicitud de pensión el 4 de abril de 2008 (Antecedente No. 10) ya no se encontraba afiliada a dicho sistema pues se había retirado del Senado de la República el 31 de diciembre de 2007 (Antecedente No. 8).

En conclusión, compete a FONPRECON resolver la solicitud de pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno, **para lo cual debe lógicamente adelantar el estudio de fondo del cumplimiento de los**

requisitos legales y de distribución de las cuotas partes pensionales de las entidades que estarían obligadas a concurrir al pago de esta prestación social.

Es claro que la Sala de Consulta en las actuaciones sobre definición de conflictos de competencias administrativas, se limita a determinar cuál es la entidad competente para resolver el asunto planteado, en el presente caso la solicitud de pensión de jubilación, sin que pueda pronunciarse de fondo acerca de la viabilidad jurídica de reconocer o no ese derecho, pues esa decisión le corresponde a la entidad sobre la cual recae la competencia para ello.

Por último, como el expediente No. 22019 relacionado con la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno, se encuentra en poder de PROTECCIÓN S.A., resulta necesario ordenar que se oficie a esa administradora para que lo envíe a FONPRECON para los efectos pertinentes.

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

RESUELVE:

Primero.- Declárase que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON, es la entidad competente para estudiar y resolver de fondo la solicitud de pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.279.616 de Cali.

Segundo.- Oficiése al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a fin de que remita a FONPRECON el expediente No. 22019 relacionado con la solicitud de pensión de jubilación de la señora María del Socorro Hernández Bueno, para los efectos pertinentes.

Tercero.- Comuníquese esta decisión al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON, al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y a la señora María del Socorro Hernández Bueno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala