

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN **D.**

ESTADO ELECTRONICO **No 141** DE FECHA: 05/10/2021

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA HOY 05/10/2021 A LAS OCHO (8 A.M) SE DESFIJA HOY 05/10/2021 A LAS CINOC DE LA TARDE (5 P.M)

Radicacion	Demandante	Demandado	Clase	Fecha Prov	Docum. a notif.	Magistrado Ponente
11001-33-42-053-2017-00007-01	BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	04/10/2021	AUTO QUE REMITE PROCESO POR COMPETENCIA - Providencia que remite el asunto a la jurisdicción ordinaria jdag...	ISRAEL SOLER PEDROZA

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA HOY 05/10/2021 A LAS OCHO (8 A.M) SE DESFIJA HOY 05/10/2021 A LAS CINOC DE LA TARDE (5 P.M)





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
-SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN D**

MAGISTRADO PONENTE: ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICACIÓN No. 11001-33-42-053-2017-00007-01
DEMANDANTE: BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO: Remite por competencia a jurisdicción ordinaria.

Encontrándose el proceso para proferir sentencia de segunda instancia, el Despacho encuentra que en el asunto se configura la excepción de **falta de jurisdicción**. En consecuencia, teniendo en cuenta que según el artículo 246 del CPACA, modificado por el artículo 66 de la Ley 2080 del 2021, el recurso de súplica procede contra el auto **de ponente** que declare la falta de jurisdicción o competencia, se concluye que le corresponde al Despacho asumir esa determinación.

ANTECEDENTES

En el presente asunto se configura la excepción de **falta de jurisdicción**, la cual podrá declararse de oficio, según lo ha dicho el Consejo de Estado:

“[...] la aplicación de las reglas del Código General del Proceso en materia excepciones, que ahora resultan aplicables a los asuntos que se tramitan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de lo previsto por el Decreto 806 de 2020 y la Ley 2080 de 2021, debe procurar la garantía y protección de los derechos e intereses públicos que de manera especial la Constitución y la ley le ha encomendado su guarda al juez administrativo, esto es, a un funcionario especializado en el conocimiento de las controversias de naturaleza pública, al que se le han conferido atribuciones especiales para la adecuada tutela de aquéllos.

19. Se realiza esta precisión, porque el CGP es una normativa construida bajo una lógica principalmente adversarial, en la que en la mayoría de los eventos se está ante la resolución de controversias entre particulares por la protección de derechos e intereses de la misma naturaleza, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho administrativo, en el que además de intereses particulares, frecuentemente está en discusión la protección del interés general, lo que justifica por parte del juez un mayor margen de intervención, de oficiosidad en sus actuaciones, en contraste con lo que ocurre frente a conflictos entre particulares, que prima facie están en igualdad de condiciones y en los que no está en entredicho la garantía de intereses públicos, por lo que la intervención oficiosa del juez es limitada.

20. Precisamente, esa lógica adversarial en un contexto del derecho privado da lugar a que los artículos 100 a 102 del Código General Proceso, en materia de excepciones no contemplen la posibilidad de decretarlas de oficio, y por el contrario, que se haga énfasis en su resolución en los términos propuestos por el demandado y con fundamento en las pruebas que el mismo aportó, **a diferencia de lo que ocurre con la Ley 1437 de 2011 en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la que por la naturaleza pública de los asuntos que se someten a discusión, se contempla con toda claridad la alternativa de declarar excepciones de oficio¹ antes de la sentencia** (art. 180.6), de lo cual también se desprende la posibilidad de decretar pruebas de manera oficiosa para el esclarecimiento de la verdad en cualquiera de las instancias (arts. 180.6 y 213 de la Ley 1437 de 2011). [...]” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Además, la Alta Corporación también ha dicho que se pueden declarar las excepciones **en cualquier momento**:

“(…) para la Sala no son de recibo los argumentos tendientes a calificar de caprichosa la decisión de la autoridad judicial demandada de confirmar la caducidad decretada en primera instancia del proceso que originó la controversia, pues, como se anotó, **es la ley la que habilita al juez a volver sobre los requisitos legales y las excepciones planteadas, (...), en cualquier momento**, por lo que de dicha conducta no puede endilgarse la vulneración iusfundamental que soporta la presente solicitud de amparo”². (Resalta la Sala)

Por lo tanto, el Despacho declarará de oficio la excepción de **falta de jurisdicción**, teniendo en cuenta lo siguiente.

1. En el presente caso, la parte actora solicita que se declare la nulidad de los oficios Nos. **BZ2016_1861651-0497992 del 24 de febrero de 2016; BZ2015_2014865-3053505 del 10 de noviembre de 2015; y BZ2015_5204907-155431 del 10 de junio de la misma anualidad**, en los cuales se le indicó a la accionante, que no podía reconocerse la pensión de vejez, teniendo en cuenta **que existen inconsistencias en su afiliación**, y que por tal motivo, debía adelantarse un trámite entre PORVENIR S.A y COLPENSIONES, para definir dicha situación.

La accionante indica en la demanda, que inicialmente estuvo vinculada en el régimen de **prima media** y que el 3 de agosto del 2000 fue trasladada, **sin su consentimiento**, al régimen de ahorro individual, concretamente a PORVENIR S.A. Luego, el 25 de

¹ Sobre la declaración de excepciones de manera oficiosa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ver entre otras las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de septiembre de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 25000-23-24-000-2012-00075-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de mayo de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2010-00061-00. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 21 de noviembre de 2013, M.P. Olga Melida Valle de De La Hoz, Rad. 25000-23-26-000-2000-00961-01(25289). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), Rad. 50001-23-31-000-2000-00329-01(29632). Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 50001-23-31-000-2002-20182-01(33692). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 20001-23-31-000-2011-00335-01(45933).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 11001-03-15-000-2020-00425-01(AC). CP. Stella Jannette Carvajal Basto.

octubre del 2001, fue trasladada nuevamente, sin que se hubiera enterado, al fondo COLFONDOS.

Señaló, que la Unidad de Indagación e Instrucción de la Fiscalía 91 Seccional de Bogotá, profirió **Resolución Inhibitoria del 30 de julio del 2012, en el Radicado No. 846251**, en la cual se inhibió, de conformidad con el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal y dispuso el restablecimiento en favor de la demandante y otras personas, para que se **dejara sin efecto la afiliación a Colfondos** y que las cosas volvieran a su estado anterior, es decir, que deberían devolverse los aportes a las entidades donde hubiera estado afiliada.

También aportó un informe grafológico del 5 de enero del 2015, en el cual un especialista de PORVENIR S.A. concluyó que la accionante **no era la persona que había firmado el formulario de afiliación**, pues encontraron discrepancias en los movimientos de los trazos, extensión y desplazamiento.

En los actos demandados, COLPENSIONES indica, que no basta con un examen grafológico para que se proceda a realizar la novedad de la afiliación, sino que **es necesario que se aporte decisión de autoridad competente**, en la cual se pronuncie sobre el estado de afiliación de la demandante.

En vista de lo anterior, la accionante demandó los actos señalados, y solicita que a título de restablecimiento del derecho i) se declare la **inexistencia de la afiliación** que se hizo del régimen de prima media al de ahorro individual; ii) se tenga en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iii) se condene a COLPENSIONES pagar la pensión de jubilación, con base en el régimen de las Leyes 33 de 1985, 72 de 1988, o en el Acuerdo 049 de 1990, dependiendo de la norma que sea más favorable, teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios, con la indexación correspondiente; iv) se condene a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios y v) que COLPENSIONES pague las costas del proceso.

El *A quo* decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. En la parte motiva de la sentencia concluyó, que el traslado de la accionante al régimen de ahorro individual **fue inexistente**. Con motivo de lo anterior, reconoció la pensión de vejez en aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988.

Dicha decisión fue apelada por ambas partes. COLPENSIONES, indica que el traslado efectuado al régimen de ahorro individual goza de plena validez, y la parte demandante, solicita que se reconozca la pensión teniendo en cuenta el régimen del Acuerdo 049 de 1990.

2. En primer lugar, debe decirse que el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, indicó que el concepto de jurisdicción debe entenderse como aquella potestad propia de la función jurisdiccional del poder público, que se concreta en la posibilidad de impartir justicia sobre las diferentes situaciones que deban tramitarse y resolverse de conformidad con los principios, parámetros y disposiciones del ordenamiento jurídico, mientras que la competencia hace alusión a la repartición de los procesos entre los diversos campos del conocimiento jurídico, es decir, la determinación en sentido estricto del juez que debe conocer, específicamente cierto litigio³.

Además, no puede obviarse, que para fijar la competencia de determinado juez para conocer de un proceso, el ordenamiento jurídico prevé los factores territorial, objetivo, subjetivo y funcional.

A su vez, el artículo 168 del C.P.A.C.A., señala que *“En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible (...)”*.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 138 del CGP indica que *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente”*. Es decir, que al enviar el proceso al juez competente, no se invalidan las actuaciones que se han surtido en el trámite respectivo.

Por otro lado, el artículo 246 del CPACA consagra las providencias de ponente que son susceptibles del recurso de súplica, y uno de ellos son *“1. Los que declaren la falta de competencia o de jurisdicción en cualquier instancia”*, de lo cual se concluye que esta decisión se puede asumir incluso en segunda instancia.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto de 3 de agosto de 2006, Radicación No. 76001-23-31-000-2005-03993-01(32499).

Los asuntos sobre los que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En primer lugar, se debe precisar que el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está instituida para conocer, entre otros asuntos, de *“los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores del Estado, y la seguridad social de los mismos, **cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.**”*⁴

Por otro lado, el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, establece que le corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, conocer de *“**Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.**”*

En ese entendido, debe decirse que no corresponde a esta Jurisdicción conocer de los litigios laborales **en los que exista un conflicto entre el afiliado y las entidades administradoras o prestadoras**, sino que por ministerio de la ley, la atribución para resolver tales conflictos jurídicos fue asignada a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la cual, no puede ser modificada ni prorrogada por las partes, pues se funda en normas de derecho público que son de obligatorio cumplimiento.

En este sentido, mediante auto del 8 de septiembre del 2020, Rad. No. 11001-03-25-000-2015-00235-00(0438-15), CP. Carmelo Perdomo Cuéter, el H. Consejo de Estado, al analizar un caso en el cual se solicitó **el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida**, dispuso remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria, con base en los siguientes argumentos:

“A partir del anterior recuento normativo y jurisprudencial, el despacho concluye que para definir la jurisdicción competente encargada de asumir conflictos de derecho laboral administrativo, resulta necesario determinar si se trata de asuntos «relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado», para lo cual es indispensable establecer si la persona que interviene en el proceso ostenta la calidad de empleado público; sin embargo,

⁴ Numeral 4.

si el objeto de la demanda recae sobre un asunto de seguridad social de los empleados públicos, solamente será del resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando «dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público».

*En similar sentido se pronunció el Consejo Superior de la Judicatura el 22 de agosto de 2019⁵ al dirimir un conflicto negativo de jurisdicciones suscitado en torno al traslado de un cotizante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, en el sentido de recordar **«que si la administración de la seguridad social de un empleado público no está en manos de una entidad de derecho público, no le compete a la jurisdicción contenciosa administrativa el conocimiento del asunto en referencia y el mismo corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, tal como ha sido el precedente de esta Sala».***

*Frente al caso concreto se expuso en la providencia censurada, y acá se reitera, **que la controversia no corresponde a un asunto laboral derivado de una relación legal y reglamentaria del actor y las demandadas, sino que concierne a su seguridad social,** y aunque acierta al afirmar que cuando presentó la demanda ostentaba la calidad de empleado público, lo cierto es que **«se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 01 de abril de 1998 y permaneció en él hasta la fecha»** en que incoó el medio de control, administrado por la AFP Porvenir SA (f. 81), sociedad anónima de derecho privado⁶.*

Por otro lado, en un pronunciamiento del 11 de abril del 2018 de la entonces Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el radicado No. 11001-010-2000-2017-03108-00, se dijo que en los casos en los cuales se discute la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, **la jurisdicción competente es la ordinaria laboral.** Así lo dijo dicha autoridad:

⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia de 22 de agosto de 2019, conflicto de jurisdicciones 11001-01-02-000-2019-01361-00, M. P. Camilo Montoya Reyes.

⁶ Consultado en la página web de la AFP Porvenir SA, a través de enlace https://www.porvenir.com.co/documentos/64086/0/Codigo_buen_gobierno_v5.pdf/71f44fe1-a55f-0ea3-cd6e-f2825df2bd61, se trata de **«una Sociedad anónima, de nacionalidad colombiana, constituida mediante la Escritura Pública No. 5307 del 22 de octubre de 1991 de la Notaría 23 del Círculo de Bogotá, con autorización de funcionamiento otorgada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, mediante la Resolución No. 3970 del 30 de octubre del mismo año y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es una entidad financiera, del género de las sociedades de servicios financieros y de la clase de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, que en tal calidad se encuentra sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera».**

*“Así pues, encuentra la Sala en aras de dirimir la controversia planteada, se procederá a atender la pretensión principal de la demanda, pues ésta se dirige al pronunciamiento por vía judicial de declarar la nulidad de la afiliación o traslado del señor **NEYID VICENTE LUGO CÁRDENAS**, de COLPENSIONES al fondo de cesantías y/o pensiones obligatorios Porvenir S.A. (...).”*

(...)

*Deviene entonces de la referida norma, que el caso de marras **no reúne los supuestos fácticos establecidos por el legislador, para que el Juez Contencioso Administrativo conociera de procesos en seguridad social, en tanto la controversia involucra a entidades privadas como (...)** **PORVENIR S.A.** quien ha administrado el régimen al que actualmente pertenece el señor (...).”*

En ese sentido, según las normas citadas y los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la entonces Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es evidente que **la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para definir la nulidad o inexistencia de los traslados entre regímenes, ya que se trata de un conflicto entre afiliados y administradoras del Sistema de Seguridad Social, que es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.**

Caso concreto

Revisado el expediente, observa el Despacho que la parte actora solicita como pretensión principal, que se **declare la inexistencia del traslado de la señora BERTHA NANCY ESLAVA DE FUENTES, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual.** Igualmente, se advierte que en los actos demandados, COLPENSIONES indicó que no se podía acceder al reconocimiento de la pensión, debido a que considera que existen inconsistencias en la afiliación. Es decir, en el asunto debe decidirse sobre un conflicto entre el afiliado y las administradoras de la seguridad social, ya que como se indicó, COLPENSIONES alega que no puede acceder a lo solicitado, debido a que considera que la actora sigue afiliada a PORVENIR S.A. Ambas entidades fueron demandadas en este proceso. En este orden de ideas, no hay certeza sobre cuál es la entidad que eventualmente deba asumir la pensión de vejez de la parte actora, si se llega a ordenar su reconocimiento.

Por lo tanto, es evidente que, de conformidad con las normas mencionadas anteriormente, el presente asunto escapa de la competencia fijada por la Ley para la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En consecuencia, como en el presente asunto se profirió sentencia de primera instancia, se ordenará remitir el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Reparto), en vista de que conoce de los recursos de apelación de las sentencias proferidas en primera instancia, según el artículo 15 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En mérito de lo expuesto, se,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de jurisdicción del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda, para conocer del presente proceso.

SEGUNDO: REMITIR el presente proceso en el estado en que se encuentra, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (reparto), por conducto de la Secretaría de la Subsección "D", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva (Art. 168 del C.P.A.C.A.).

TERCERO: Por Secretaría, déjense las constancias respectivas y cúmplase a la mayor brevedad lo dispuesto, previas las anotaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado