

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 24 enero de 2019

SE.004

Radicación: 250002325000201200516 01
N. ° Interno: 4092-2015
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
Demandado: Colpensiones

Decreto 01 de 1984

La Sala de Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 14 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión.

ANTECEDENTES

El señor Jairo Armando Rodríguez Triana, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Instituto de Seguros Sociales (ISS, hoy Colpensiones) y formuló las siguientes pretensiones.

Pretensiones¹:

1. **Nulidad:** Pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones 012549 del 10 de mayo de 2010, 030478 del 26 de agosto de 2011 y 06098 del 9 de diciembre de 2011, expedidas por la entidad demandada y por las cuales se negó la pensión de vejez al demandante y se confirmó en reposición y apelación la decisión tomada, respectivamente.
2. **Restablecimiento del derecho:** Pidió que se declarara que el señor Rodríguez Triana tenía derecho a que la demandada le reconociera,

¹ Folios 296 a 301 del cuaderno principal.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

liquidara y pagara la pensión de jubilación con sujeción al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las Leyes 33 y 62 de 1985, con las mesadas pensionales y adicionales que le corresponden.

Además que la pensión fuera liquidada con el 75% del promedio de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicio.

Igualmente que se reanudara el pago de la pensión y sus mesadas adicionales a partir del 14 de octubre de 2010, actualizadas hasta que la demandada las cancelara.

También que se le reconocieran los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 liquidados a la tasa máxima legal vigente al momento en que se efectúe el pago, sobre el importe de la obligación.

Asimismo que se ordenara descontar las sumas que la demandada llegara a cancelar al demandante en cumplimiento de la Resolución 01082 del 12 de enero de 2012, sobre los saldos que resultaren a favor del señor Jairo Armando Rodríguez Triana.

Finalmente pidió que se diera cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo (CCA) y que se condenara en costas a la demandada.

Fundamentos fácticos relevantes²

1. El señor Jairo Armando Rodríguez Triana nació el 25 de octubre de 1952, por lo que en la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 40 años de edad.
2. Laboró al servicio del Estado por más de 20 años así:
 - Del 14 de agosto de 1980 al 28 de junio de 1994 en la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR).
 - Del 5 de octubre de 1994 al 15 de enero de 2003 en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB).
3. Su último empleo antes de haber radicado los documentos para solicitar su pensión fue el de gerente corporativo del Sistema Maestro en la EAAB. Dicho cargo lo desempeñó hasta el 15 de enero de 2003.

² Folios 301 a 307 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
Interno: 4092-2015
Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
Demandado: Colpensiones
Decreto 01 de 1984

4. En mayo de 1995 puso en conocimiento de la EAAB su decisión inequívoca de afiliarse al ISS por lo que fue tramitada su afiliación a dicha entidad.
5. En 1996 la EAAB realizó un traslado masivo de sus empleados a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, el cual posteriormente fue revertido.
6. El 1 de noviembre de 2007 el señor Rodríguez Triana le solicitó al ISS el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez por haber cumplido 55 años de edad y haber prestado servicios al Estado por más de 20 años.
7. La solicitud de pensión se presentó con todos los documentos que acreditaban que tenía derecho a que le se aplicara el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
8. El ISS negó la solicitud a través de la Resolución 012549 del 10 de mayo de 2010, bajo el argumento de que el señor Rodríguez Triana no cumplía con el requisito de tener 60 años de edad de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que se había trasladado voluntariamente al fondo privado Horizonte.
9. El demandante interpuso recurso de reposición en contra de dicho acto administrativo el cual fue resuelto en la Resolución 030478 del 26 de agosto de 2011 en la que se confirmó la decisión tomada y se concedió el recurso de apelación.
10. Mediante Resolución 06098 del 9 de diciembre de 2011 el ISS resolvió el recurso de apelación interpuesto confirmando la decisión de primera instancia.
11. El señor Rodríguez Triana presentó acción de tutela contra el ISS con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, mínimo vital e igualdad.
12. El Juzgado 12 Administrativo de Bogotá ordenó al ISS que se pronunciara de fondo frente a la solicitud de pensión del demandante. Dicha decisión fue impugnada por el señor Rodríguez Triana.
13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de diciembre de 2011 revocó el fallo de primera instancia y tuteló transitoriamente sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad.
14. El ISS no cumplió a tiempo la orden del Tribunal por lo que el demandante tuvo que pedir que se iniciara un incidente de desacato. En el trámite de dicho



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

incidente, el ISS profirió la Resolución 01082 del 19 de enero de 2012, la cual no fue notificada al señor Rodríguez Triana,

15. En dicha resolución se le concedió el derecho a la pensión de acuerdo con la Ley 33 de 1985, a partir de febrero de 2012.
16. El demandante entregó al ISS la certificación del salario que percibió durante su último año de servicio con el fin de que la liquidación de su pensión se realizara con el 75% del promedio de los factores salariales en ese periodo.
17. El señor Rodríguez Triana no agotó la etapa de conciliación para presentar la demanda por tratarse de un asunto no conciliable.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

- **Constitución Política de 1991:** Artículos 1, 2, 13, 46, 48, 53 y 58.
- **Código Sustantivo del Trabajo:** Artículo 21.
- **Decreto 929 de 1976:** Artículo 7.
- **Decreto 1045 de 1978:** Artículo 45.
- **Decreto 720 de 1978:** Artículo 40.
- **Ley 100 de 1993:** Artículos 36 y 288.
- **Leyes 57 de 1887, 153 de 1887 y 33 de 1985.**
- **Decretos 1158 de 1994, 2143 de 1995 y 2527 de 2000.**

El apoderado del demandante señaló que estas normas fueron quebrantadas por la entidad demandada al no reconocer el derecho a la pensión de jubilación para el señor Jairo Armando Rodríguez Triana, con la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Este régimen disponía que se debían tener en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicio al momento de liquidar la pensión.

Expuso que para el 1 de abril de 1994 el señor Rodríguez Triana tenía más de 40 años de edad, razón por la cual le era aplicable la Ley 33 de 1985, además de que durante su vida laboral prestó sus servicios como empleado público en la CAR y en la EAAB, entidades a las que estuvo vinculado por más de 20 años. Igualmente, al momento de solicitar su pensión tenía más de 55 años de edad, por lo que esta prestación debía ser liquidada con el 75% de todos los factores salariales que percibió durante su último año de trabajo.

³ Folios 307 a 317 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Intemo: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

Precisó que el traslado de régimen pensional que alegó el ISS para negar la pensión de vejez solicitada no había sido voluntario, por lo que no existía justificación válida para no haber aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determinaba la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión a la que tenía derecho.

Como apoyo de sus argumentos transcribió apartes de la jurisprudencia de esta Corporación, incluyendo la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)⁴

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Sobre los hechos afirmó que el señor Jairo Armando Rodríguez Triana no cumplía con los requisitos para aplicarle el régimen de transición por su traslado a otro fondo de pensiones.

Como excepciones a las pretensiones de la demanda propuso las siguientes:

- **Inexistencia de la obligación.** Señaló que el demandante cumplía con el requisito de la edad para acceder al régimen de transición, pero no con el tiempo de servicios de 15 años, razón por la que este no le era aplicable.
- **Cobro de lo no debido.** Indicó que al demandante no le asistía el derecho a la pensión porque no cumplía con los requisitos que exigía la norma para conservar el régimen de transición al momento de ser trasladado de fondo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Colpensiones⁵

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

⁴ Folios 425 a 428 *ibidem*.

⁵ Folios 433 y 434 *ibidem*.

Jairo Armando Rodríguez Triana⁶

Sostuvo que la demandada había reconocido que cumplía con el requisito de la edad a la entrada en vigencia del régimen de transición por lo que este debía aplicársele.

Manifestó que siempre fue su voluntad permanecer en el régimen de prima media y que el traslado masivo realizado por su empleador había perdido su vigencia.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión, mediante sentencia del 14 de mayo de 2015, declaró la nulidad de las Resoluciones 12549 del 10 de mayo de 2010, 30478 del 26 de agosto de 2011 y 6098 del 9 de diciembre de 2011, por medio de las cuales, el ISS le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Jairo Armando Rodríguez Triana.

Como restablecimiento del derecho ordenó a la demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación al demandante conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía del 75% de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, esto es, desde enero de 2002 hasta enero de 2003. Dispuso que se debía incluir el sueldo básico, prima técnica y las doceavas partes de la prima de servicio, prima de vacaciones, bonificación y prima de navidad.

Determinó que la efectividad de la pensión se debía dar a partir del 26 de octubre de 2007, y que la base de liquidación se debía actualizar con fundamento en la variación del Índice de Precios al Consumidor, anualmente, para evitar perjuicios al demandante.

Autorizó a la demandada descontar de lo que debía pagar, lo correspondiente a lo recibido por el demandante en virtud de su pensión, y lo que se pudiera adeudar por aportes a la seguridad social.

Finalmente negó las demás pretensiones de la demanda.

Las razones que motivaron el fallo fueron las siguientes:

⁶ Folios 435 a 439 *ibidem*.

⁷ Folios 454 a 498 y aclaración en folios 511 a 514 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

- El fondo de la controversia:

Para el Tribunal, el traslado del demandante al régimen de ahorro individual del demandante no cumplió con los requisitos de haber contado con el consentimiento del afiliado y que no existiera multifiliación.

Por lo anterior, definió que el demandante no había perdido el derecho a que se le aplicara el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y desestimó los argumentos de la entidad demandada al negar la pensión del señor Rodríguez Triana. Esto porque la Superintendencia Bancaria determinó en su momento, que los empleados de la EAAB que fueron trasladados de régimen pensional entre los años 1995 y 1998 siempre estuvieron vinculados al ISS.

Advirtió entonces que al demandante le asistía el derecho a la pensión de jubilación, toda vez que este cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios definidos en la Ley 33 de 1985, ya que en el momento de solicitar su prestación económica ante el ISS tenía 55 años de edad y había trabajado como servidor público por más de 20 años.

El Tribunal dispuso que la pensión del señor Rodríguez Triana debía ser equivalente al 75% de la asignación que devengó durante su último año de servicio. Para liquidarla, la entidad demandada debía tomar el promedio de lo devengado en ese periodo, con la inclusión de todos los factores salariales, tomando las doceavas partes de aquellos que se devengaban anualmente, o en forma proporcional, sin tener en cuenta las vacaciones y otros factores exceptuados por la ley.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

La demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia en el que pidió que esta se revocara. Valoró que las resoluciones anuladas estaban ajustadas a derecho y además que la forma de liquidar las mesadas pensionales no era adecuada, pues el régimen de transición no contemplaba la inclusión del Ingreso Base de Liquidación (IBL) de la norma anterior aplicable.

Sostuvo que el régimen dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comprendía el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el monto de la pensión, pero no el IBL. Este concepto debía calcularse de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 *ibidem*, esto es, con el promedio de lo devengado y cotizado por el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

⁸ Folios 501 a 506 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

Expuso que el demandante no tenía derecho a que se le aplicara el régimen de transición, ya que al haberse efectuado un traslado al régimen de ahorro individual, no podía recuperar posteriormente este beneficio solo por el cumplimiento del requisito de la edad, pues era necesario que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contara con al menos 15 años de servicio para una entidad pública.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN⁹

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, por haberse recurrido en apelación el fallo condenatorio proferido en primera instancia, se celebró audiencia de conciliación antes de resolver sobre la concesión del recurso.

El Tribunal decidió mediante auto del 9 de septiembre de 2015 declarar fallida la diligencia por no existir ánimo conciliatorio.

De acuerdo con esto se concedió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Jairo Armando Rodríguez Triana¹⁰

Expuso su malestar por el manejo que le había dado Colpensiones a la solicitud de pensión que se decidía, ya que es una persona de la tercera edad y ya acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional.

Llamó la atención sobre la incongruencia de lo argumentado en el recurso de apelación y la sentencia impugnada, pues en uno de sus apartes afirmó que la pensión reconocida se ajustaba a las normas que la regulaban y en otro se refirió a él como si se tratara de una mujer.

Reiteró que su decisión inequívoca e incondicional de afiliarse al ISS había sido demostrada de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, por lo que el argumento basado en el traslado al régimen de ahorro individual alegado por la demandada para negarle la pensión, era infundado.

Sostuvo que los errores gramaticales del recurso de apelación hacían inviable su decisión en segunda instancia, además de que el demandante era un sujeto de especial protección cuyos derechos debían ser garantizados por el despacho.

⁹ Folios 539 a 541 *ibidem*.

¹⁰ Folios 548 a 558 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Intemo: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

Igualmente, pidió que se le reconocieran los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para compensar la realidad económica en la que se encuentra.

Por último, insistió que la regla aplicable a la liquidación de la pensión que se discute es la fijada por la sentencia de Unificación Jurisprudencial proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sala Plena de esta Sección.

La parte demandada no se pronunció en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹¹

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

A su juicio el problema jurídico a resolver se centra en determinar si el señor Jairo Armando Rodríguez Triana tiene derecho a la pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por estar dentro del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que está probado que al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante tenía 41 años de edad, y por lo tanto, le es aplicable el régimen de transición de acuerdo con el artículo 36 *ibidem*.

A partir de lo anterior, señaló que el traslado de régimen pensional que se efectuó por decisión de la entidad para la que trabajaba el señor Rodríguez Triana entre los años 1995 y 1998, no había cumplido con los requisitos necesarios para que tuviera efectos, esto es: el consentimiento del afiliado y la no ocurrencia de la multifiliación.

Por último, valoró que en aplicación de los principios de favorabilidad y de la condición más beneficiosa, la pensión debía reconocerse con el 75% del salario promedio de lo percibido durante el último año de servicios, para lo cual se apoyó en sentencia emitida por esta Subsección el 18 de febrero de 2010.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

Previo a estudiar el fondo del asunto, debe indicarse que le asiste razón a la apoderada del señor Jairo Armando Rodríguez Triana acerca de los errores de

¹¹Folios 560 a 570 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

redacción existentes en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada.

A pesar de esto, de un análisis integral del recurso, puede extraerse que la impugnación de la sentencia de primera instancia proferida en este proceso tiene que ver con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de haber reconocido el derecho a que se le aplicara el régimen de transición al demandante, y del IBL que se tomó para liquidar la pensión de jubilación concedida.

Por lo anterior, en virtud de los principios de justicia material y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal¹², se resolverá la apelación interpuesta por Colpensiones.

Por otro lado, no habrá pronunciamiento acerca de la solicitud de reconocimiento de los intereses de mora que la apoderada del demandante hizo en sus alegatos de conclusión en esta instancia porque este tema no fue objeto de recurso por parte del interesado.

Problemas jurídicos

El Código General del Proceso en su artículo 320, precisa que la finalidad del recurso de apelación es que el «superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión». En ese orden, de conformidad con los argumentos que fundamentaron el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, los problemas jurídicos para el asunto se concretan en los siguientes interrogantes:

1. ¿El señor Jairo Armando Rodríguez Triana perdió su expectativa legítima a que se le aplicara el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debido a los aportes de pensión que hizo la EAAB como su entidad empleadora al fondo privado Horizonte S.A. entre el 1 de julio de 1995 y el 31 de marzo de 1998?
2. Si la anterior respuesta es negativa ¿El señor Jairo Armando Rodríguez Triana tenía derecho a la liquidación de su pensión de jubilación en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante dicho periodo?

A partir de lo anterior se resolverán los problemas jurídicos planteados.

¹²C.Const. Sent. T-339, jun. 3/2015.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

Primer problema jurídico

¿El señor Jairo Armando Rodríguez Triana perdió su expectativa legítima a que se le aplicara el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debido a los aportes de pensión que hizo la EAAB como su entidad empleadora al fondo privado Horizonte S.A. entre el 1 de julio de 1995 y el 31 de marzo de 1998?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No perdió su expectativa legítima a que se le aplicara el régimen de transición debido a la ausencia de su consentimiento para trasladarse de régimen pensional y a la circunstancia de múltiple vinculación en la que se encontraba. Esta situación dejó sin efectos su traslado y en consecuencia, debe entenderse que siempre permaneció afiliado al ISS en el régimen de prima media con prestación definida.

Para resolver este problema se hará la siguiente exposición: (1) Efectividad del traslado de régimen pensional y (2) caso concreto.

1. Efectividad del traslado de régimen pensional

El marco normativo vigente en esta materia, para la época en la que ocurrieron los hechos que se analizan en el proceso es el siguiente:

El literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993¹³ definió como una de las características del Sistema General de Pensiones que la selección de cualquiera de sus regímenes **es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto debería manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.**

El artículo 16 *ibidem*¹⁴ consagró la imposibilidad de distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

A su vez el artículo 114 de la misma norma¹⁵, determinó que los trabajadores y servidores públicos que se trasladaran por primera vez del régimen de prima

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

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

¹⁴ARTÍCULO 16 INCOMPATIBILIDAD DE REGÍMENES. Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.

Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad de los afiliados para contratar o ser partícipes en planes de pensiones complementarios dentro o fuera del Sistema General de Pensiones [...]



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debían presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que constara que la selección de dicho régimen **se había tomado de manera libre, espontánea y sin presiones**.

Estas disposiciones legales fueron desarrolladas por el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 3¹⁶ dispuso que a partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones podían seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componían. En dicha norma se advirtió que ninguna persona podía estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del Sistema

Asimismo, el artículo 17 *ibidem*¹⁷ estableció una prohibición para los afiliados al Sistema General de Pensiones de tener múltiples vinculaciones a los regímenes o administradoras que lo componían. Dicha norma determinó que cuando un afiliado se encontrara en múltiple vinculación, sería válida solo la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no serían válidas y a partir de ello, deberían transferirse la totalidad de saldos a la administradora cuya afiliación era válida, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria. Esta entidad tenía la competencia para dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originaran por causa de las múltiples vinculaciones.

De estas normas se extrae que la efectividad del traslado de un afiliado del régimen de prima media al de ahorro individual, dependía del cumplimiento de una formalidad, esto es, la existencia de una comunicación escrita donde el afiliado, de manera expresa y en pleno ejercicio de su libertad de decidir, hubiese indicado que tenía la voluntad inequívoca para trasladarse de régimen pensional. La

¹⁵ ARTÍCULO 114 REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones[...]

¹⁶ARTÍCULO 3°. Selección de Régimen pensional. A partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a. Régimen solidario de prima media con prestación definida;
 b. Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema.

¹⁷ ARTÍCULO 17 Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo. Las administradoras podrán establecer sistemas de control de multifiliación, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia Bancaria para dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originen por causa de las múltiples vinculaciones.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

omisión de este requisito ha sido entendida por la jurisprudencia¹⁸ como un impedimento para rescindir una afiliación al ISS.

2. Caso concreto

En la apelación presentada por la entidad demandada se omitió hacer referencia a las razones de fondo y a los hechos probados que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a valorar que el traslado de régimen pensional del que fue objeto el señor Jairo Armando Rodríguez Triana, no se había ajustado a los parámetros legales y a partir de eso carecía de efectos.

Los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones se limitaron a reiterar lo sostenido desde el inicio del proceso, acerca de la pérdida de la expectativa legítima para el demandante de la aplicación del régimen de transición definido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el hecho de las cotizaciones que su empleador realizó a la AFP Horizonte S.A. entre los años 1995 y 1998.

En el expediente pueden encontrarse las pruebas que demuestran que el demandante le manifestó tanto a su empleador como al ISS que tenía la intención de afiliarse a ese fondo de pensiones desde el 3 de abril de 1995¹⁹. Esta afiliación se materializó con la presentación de su formulario de afiliación a dicha entidad el 2 de mayo de ese año²⁰.

En el proceso quedó demostrado que la controversia que se suscitó a partir de la situación que se acaba de referir fue resuelto por la Superintendencia Bancaria²¹, entidad que como se vio, tiene la competencia para dirimir casos en los que se presenten múltiples vinculaciones a regímenes o administradoras del Sistema General de Pensiones.

La superintendente delegada para entidades administradoras de pensiones y cesantía consideró que los trabajadores de la EAAB que fueron trasladados al régimen de ahorro individual en el año 1995, entre los que se encontraba el señor Rodríguez Triana, debían entenderse vinculados al ISS.

En conclusión: El señor Jairo Armando Rodríguez Triana no perdió su expectativa legítima a que se le aplicara el régimen de transición debido a la ausencia de su consentimiento para trasladarse de régimen pensional y a la circunstancia de múltiple vinculación en la que se encontraba. Esta situación dejó sin efectos su traslado y en consecuencia, debe entenderse que siempre permaneció afiliado al ISS en el régimen de prima media con prestación definida.

¹⁸CSJ, Cas. Laboral, Sent. Jul. 22/2015, Rad. 55050.

¹⁹ Folio 208 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 209 *ibidem*.

²¹ Folios 210 y 211 *ibidem*.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

Segundo problema jurídico

¿El señor Jairo Armando Rodríguez Triana tiene derecho a la liquidación de su pensión de jubilación en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante dicho periodo?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No tiene derecho a la liquidación de su pensión de jubilación en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante dicho periodo, como quiera que al estar cobijado por el régimen de transición, su prestación debía liquidarse según lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó, los cuales estaban previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Para resolver este problema se hará la siguiente exposición: (1) Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la liquidación de la pensión ordinaria para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y (2) caso concreto.

1. Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la liquidación de la pensión ordinaria para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018²² definió las reglas y subreglas aplicables a la determinación del IBL para quienes se hubieran pensionado bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La *ratio decidendi* de esta providencia constituye precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales.

A partir de lo anterior, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».

La siguiente fue la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada en la referida sentencia de unificación:

²² C.E., S. Plena, Sent. 2120821, ago. 28/2018.



Expediente núm. 250002325000201200516 01

Interno: 4092-2015

Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana

Demandado: Colpensiones

Decreto 01 de 1984

[...] El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previstos en la Ley 33 de 1985 [...]

Como fundamento para establecer dicha regla, la Sala expuso:

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión!

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

[...]

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

En cuanto a las subreglas, la primera, se refiere al periodo para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La segunda, determina «que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.». Esta subregla fue justificada así:

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

De acuerdo con las anteriores pautas fijadas por la Sala que, se repite, constituyen precedente obligatorio, el IBL para las personas que se encuentran en el régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985».

2. Caso concreto

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de mayo de 2015 le ordenó a la entidad demandada que pagara al señor Jairo Armando Rodríguez Triana la pensión de jubilación a la que tenía derecho de acuerdo a los parámetros de la Ley 33 de 1985, en cuantía del 75% de la totalidad de los factores devengados en su último año de servicios, esto es, entre enero de 2002 y enero de 2003, con efectividad a partir del 26 de octubre de 2007.

Igualmente, el *a quo* ordenó tener en cuenta los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima técnica, y las doceavas partes de la prima de servicio, prima de vacaciones, bonificación y prima de navidad.

En el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada su apoderado manifestó que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 implicaba que se atendieran las exigencias de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior al que venía afiliado el cotizante, sin embargo, consideró que el



Expediente núm. 250002325000201200516 01

Interno: 4092-2015

Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana

Demandado: Colpensiones

Decreto 01 de 1984

ingreso base de liquidación debía calcularse sobre el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha se habían efectuado las cotizaciones durante los últimos 10 años o en todo el tiempo si fuere inferior.

Como se indicó previamente, no es objeto de controversia en el *sub lite* la condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del señor Rodríguez Triana. Es decir, que para el reconocimiento de su pensión deben aplicarse las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

En este sentido, esta Subsección observa que el demandante no tiene derecho a que la liquidación de su pensión de vejez incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios, toda vez que adquirió el estatus pensional el 26 de octubre de 2007, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento pensional del actor, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme a la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se concreta en el cálculo del monto de su pensión tomando la tasa de reemplazo del 75% sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».

En conclusión: El señor Jairo Armando Rodríguez Triana no tiene derecho a la liquidación de su pensión de jubilación en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante dicho periodo, como quiera que al estar cobijado por el régimen de transición y faltarle más de 10 años para consolidar su estatus pensional para su entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, su prestación debía liquidarse según lo dispuesto por el artículo 21 *ibidem*, teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Subsección A modificará el ordinal tercero del fallo de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión, el 14 de mayo de 2015, estableciendo la pensión de jubilación del señor Jairo Armando Rodríguez Triana debe liquidarse según lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó, que están previstos en el Decreto 1158 de 1994.



Expediente núm. 250002325000201200516 01
 Interno: 4092-2015
 Demandante: Jairo Armando Rodríguez Triana
 Demandado: Colpensiones
 Decreto 01 de 1984

No hay lugar a condenar en costas porque de acuerdo con el artículo 171 del CCA no se demostró temeridad o mala fe de las partes en el proceso.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

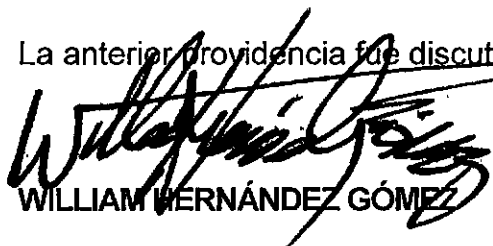
Primero: Modificar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en descongestión, el 14 de mayo de 2015 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Jairo Armando Rodríguez Triana en contra del Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), estableciendo que la pensión de jubilación del demandante debe liquidarse según lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó, que están previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


 WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


 RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


 GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ