



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

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., 7 de febrero de 2019.

SE. 010

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)
Actor: Gerardo Betancur González
Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Gerardo Betancur González¹, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la empresa Multiservicios S.A. E.S.P.

Pretensiones²

1. Que se declare agotada la vía gubernativa.
2. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - Oficio 85188-4 del 26 de mayo de 2009, expedido por la empresa Multiservicios S.A. ESP, por medio del cual se informa que se realizarán todos los trámites necesarios ante el municipio de Pereira, Contraloría

¹ Se advierte que el señor Gerardo Betancur González confirió poder general al señor Jorge Iván Betancur González (ff. 3 a 5 C. 1), que a su vez, otorgó poder especial al abogado Juri Tschleck Lagos Ramírez quien presentó la demanda (ff. 1 y 2 C.1).

² Folios 32 a 34 del C. 1.

General de Risaralda y Área Metropolitana Centro Occidente, con el fin de que se reconozcan las cuotas partes pensionales del actor.

- Oficio 84188-5³ del 27 de noviembre de 2009, por medio del cual la empresa Multiservicios S.A. ESP denegó la pensión de jubilación al señor Gerardo Betancur González.
- 3. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene reconocer y pagar la pensión de jubilación del demandante, en los términos previstos por la Ley 33 de 1985, a partir del 14 de agosto de 2008, en el equivalente del 75% de salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor, con inclusión de las mesadas adicionales de junio y diciembre y los reajustes legales.
- 4. Que se actualice la primera mesada pensional.
- 5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
- 6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Gerardo Betancur González, quien nació el 14 de agosto de 1953, laboró en diferentes entidades por un total de 7713 días, esto es, por 21 años, 5 meses y 3 días, de la siguiente forma:

Entidad	Desde	Hasta	Total días
Contraloría General del Departamento de Risaralda	22/09/1976	31/01/1979	849
Empresas Públicas de Pereira	07/01/1981	13/08/1992	4177
Área Metropolitana del Centro Occidente	14/08/1992	15/06/1994	662
Empresas Públicas de Pereira	16/06/1994	30/01/2000	2025

2. La entidad Empresas Públicas de Pereira sufrió un proceso de escisión por virtud del Acuerdo 30 de 1996 del Concejo Municipal de Pereira, el cual dio origen a cuatro sociedades por acciones para la prestación de servicios públicos domiciliarios, entre ellas la empresa Multiservicios S.A. E.S.P., que fue prevista para desarrollar las actividades necesarias para asegurar la

³ Así se identifica en la demanda el acto del 27 de noviembre de 2009, sin embargo, se advierte que corresponde al 85188-5.

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)

Actor: Gerardo Betancur González

Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

eficiencia de las empresas de servicios públicos creadas mediante dicho acuerdo, entidad a la cual fue incorporado el demandante por Resolución 0444A del 2 de octubre de 1998, cargo del cual tomó posesión el 3 de octubre de ese mismo año.

3. Para el 1 de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993, el señor Betancur González tenía más de 40 años de edad y 15 de servicios y laboraba en las Empresas Públicas de Pereira, razón por la cual se encuentra amparado por el régimen de transición del artículo 36 *ibidem*, norma que remite a la Ley 33 de 1985, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante.
4. El señor Gerardo Betancur González reunió los requisitos para acceder a la pensión el 14 de agosto de 2008, fecha para la cual cumplió más de 20 años de servicios y 55 de edad.
5. El 1 de abril de 2011 solicitó el reconocimiento de la prestación a la empresa Multiservicios S.A. E.S.P., la cual denegó el reconocimiento pedido, por medio de los Oficios 85188-4 del 26 de mayo de 2009 y 85188-5 del 27 de noviembre de 2009, bajo el argumento de que aquella entidad no es una caja de previsión.
6. En criterio del actor, la empresa Multiservicios S.A. E.S.P. debe reconocer su pensión de jubilación, de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 que dispone que aquella actuación le corresponde a la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público o en su defecto, a la última empleadora.
7. En consecuencia, el actor afirmó que, pese a que tanto las Empresas Públicas de Pereira como la empresa Multiservicios S.A. E.S.P. lo afiliaron desde un principio al Instituto de Seguros Sociales en pensión, lo cierto es que es a la demandada a la que corresponde efectuar el reconocimiento de dicha prestación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en concordancia con el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 y el literal a) artículo 2 del Decreto 1160 de 1994.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2, 4, 48 y 53 de la Constitución Política; 1, 3, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993; 27 del Decreto 3135 de 1968; 73 y 75 del Decreto 1848 de 1969; 45 del Decreto 1045 de 1978; 1 de la Ley 33 de 1985 y 1 de la Ley 62 de 1985.

Como concepto de violación, expuso que para efectos de definir cuál es la entidad que está obligada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los empleados públicos que se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, afiliados al Instituto de Seguros Sociales, es necesario aplicar la normativa que les resulte más favorable, que para el caso, es la contenida en la Ley 33 de 1985, por ser más benévola en cuanto a los requisitos de edad y tiempo de servicios, que la prevista en el Decreto 758 de 1990 para quienes aportaron al I.S.S., pues mientras la primera impone 20 años de servicios y 55 de edad, la segunda exige 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas.

Así las cosas, manifestó que la entidad obligada a reconocer su prestación en los términos de la Ley 33 de 1985 es Multiservicios S.A. E.S.P., según lo ordena el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994, que prevén que el último empleador asume la pensión en las condiciones del régimen aplicable al servidor.

Seguidamente, se refirió a la obligación plasmada en el Decreto 1160 de 1994 que indica que el empleador debe reconocer la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985 y seguir cotizando al I.S.S. hasta que se cumplan con los requisitos de esta entidad, momento a partir del cual asumirá la prestación y el empleador cubrirá el mayor valor entre las dos prestaciones, si es que se genera.

Igualmente, sostuvo que la ambigüedad jurídica que se presenta para los servidores en esta situación no puede ser una carga para él y siempre debe resolverse conforme resulte más favorable y sobre la liquidación de la mesada, afirmó que deben tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, según lo indicó la jurisprudencia del Consejo de Estado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Multiservicios S.A. E.S.P.⁴ presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones del libelo introductor. En cuanto a los supuestos fácticos, precisó que las Empresas Públicas de Pereira tenían el carácter de establecimiento público, que se vio sometido a un proceso de escisión por el Acuerdo 30 de 1996, el cual autorizó al alcalde de la época para transformarla en cuatro sociedades por acciones, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a saber: Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P., Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. E.S.P., Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P. y la Empresa de Aseo de Pereira S.A. E.S.P.

⁴ Folios 102 a 116 C. 1.

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)

Actor: Gerardo Betancur González

Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

En relación con este punto, agregó que también se autorizó la creación de una empresa que podría denominarse Empresa de Servicios Múltiples Compartidos S.A., que finalmente se llamó Multiservicios S.A., la cual es totalmente diferente a las escindidas Empresas Públicas de Pereira, la que fue concebida para desarrollar las actividades y funciones necesarias para asegurar la eficiencia de las empresas de servicios públicos mencionadas, entidad en la que el señor Gerardo Betancur González laboró por un término de 1 año, 3 meses y 27 días.

En relación con la pretensión de reconocimiento pensional, señaló que no le asiste derecho al demandante, por cuanto no cotizó a cajas de previsión social, como lo exige el artículo 1 de la Ley 33 de 1985. En esas condiciones, indicó que debe atenderse el artículo 6 del Decreto 1160 de 1994, que informa que cuando el servidor no se encontraba afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1.º de abril de 1994, es el I.S.S. el que debe concederla conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, comoquiera que se afilió a dicho ente el 21 de julio de 1998.

Seguidamente, formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de la obligación demandada: Al respecto, argumentó que el señor Betancur González no cumple con los requisitos de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación, toda vez que durante su vinculación a Multiservicios no estuvo afiliado a una caja de previsión. Además, afirmó que no está cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues para su entrada en vigencia no había cumplido 15 años o más de servicios.

Ausencia de responsabilidad en el reconocimiento de la prestación deprecada: En síntesis señaló que es al I.S.S. a quien corresponde el reconocimiento de la pensión del actor en aplicación de lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, los artículos 5 y 6 del Decreto 813 de 1994, como quiera que para el 1.º de abril de 1994 no se encontraba afiliado a una entidad de previsión social.

Agregó que el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995, al referirse a los efectos de la afiliación de los servidores públicos del orden departamental, municipal o distrital, prevé:

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

La entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público de los entes territoriales, efectuará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o jubilación, una vez le sea entregado el bono pensional.»

En esas condiciones, reiteró que como el demandante se afilió al I.S.S. con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es a dicha entidad a la que corresponde el reconocimiento deprecado.

Prescripción: En caso de que prosperarían las pretensiones de la demanda, rogó se tenga en cuenta la prescripción de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Falta de causa: Insistió en que el actor no cumplió con los requisitos previstos por la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985 para acceder a la prestación que reclama, además que de Multiservicios S.A. no es la entidad obligada al reconocimiento.

Genérica: Solicitó que se decreten todas aquellas excepciones que se llegaren a encontrar probadas en el curso del proceso.

ALEGATOS EN PRIMERA INSTANCIA

El señor **Gerardo Betancur González** (ff. 197 a 200 C. ppal.) intervino en esta oportunidad para indicar que ante la liquidación definitiva de la empresa Multiservicios S.A. se suscribió el contrato 092 de 2014 con Infipereira, con el fin de atender los pagos a que haya lugar por concepto de pensiones de jubilación y pensiones compartidas.

Igualmente, solicitó que, en caso de que se determine que el pago de la pensión del actor no le corresponde a Infipereira, se condene a las entidades que formaron parte de la sociedad por acciones de economía mixta, compuesta en más del 90% por capital público.

Seguidamente, insistió en que dado que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que cumplió con los requisitos previstos por la Ley 33 de 1985 para la pensión de jubilación, se debe acceder a las pretensiones de la demanda. En cuanto a la liquidación de la prestación, pidió que se ordene de conformidad con la sentencia del 4 de agosto de 2010⁵ proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual deben incluirse todos los factores que constituyan salario, independientemente de la denominación que reciban, esto es, todo lo que el empleado reciba habitual y periódicamente como contraprestación del servicio.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal, según se verifica en el informe que obra en el folio 355 del expediente.

SENTENCIA APELADA

(ff. 356 a 366 C. ppal.)

El Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, en sentencia del 21 de julio de 2016, denegó las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicación: 250002325000200607509 01(0112-2009)

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)
Actor: Gerardo Betancur González
Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

Expuso que según el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 la pensión de jubilación estará a cargo de la entidad de previsión social a la cual estuviera afiliado el empleado oficial al momento de cumplir el tiempo de servicios o al tiempo de su retiro, si para este último tenía satisfechos los requisitos y se encontraba aún vinculado. No obstante, si no estuviere vinculado a alguna de aquellas entidades, al tiempo del retiro, la prestación debía ser asumida por el último empleador.

En cuanto al caso del señor Gerardo Betancur González, definió que se encontraba en los supuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que en tal condición, le era aplicable la Ley 33 de 1985, así las cosas, estimó que le asiste el derecho a que le sea reconocida la prestación, de manera transitoria, hasta que el I.S.S. conceda la pensión de vejez.

Sin embargo, como el actor estuvo afiliado a esta antes del 1.º de abril de 1994 y en atención a lo establecido por el Decreto 4937 de 2009, que resulta aplicable según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aunque el derecho se hubiera consolidado antes de su expedición, esto es, el 14 de agosto de 2008, la entidad que debe reconocer la prestación reclamada no es Multiservicios S.A. E.S.P. sino el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, respecto de la cual no impartió orden alguna por no haber sido demandada.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación (ff. 373 a 378 C. ppal.) en el que reiteró que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por ende, le es aplicable la Ley 33 de 1985 por haber prestado sus servicios como empleado público. Agregó que su situación no puede regirse por el Decreto 4937 de 2009, pues su estatus pensional se consolidó antes de su vigencia, razonamiento que lo llevó a afirmar que la sentencia del *a quo* incurrió en desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, dado que la decisión vulnera sus derechos adquiridos al aplicar una norma en materia pensional de manera retrospectiva.

En el mismo sentido, puso de presente que se deben acatar las disposiciones vigentes para el momento en el que consolidó su derecho pensional, estas son, la Ley 33 de 1985 así como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 813 de 1994, 1160 de 1994, 1748 de 1995 y el Decreto Ley 1045 de 1978, de acuerdo con las cuales el reconocimiento pretendido le corresponde a Multiservicios S.A. E.S.P.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público tampoco intervino en esta etapa procesal tal y como se verifica en el informe secretarial que obra en el folio 387 del cuaderno principal del expediente.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en las siguientes preguntas:

¿La empresa Multiservicios S.A. está obligada a reconocer al señor Gerardo Betancur González, una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985?

En caso afirmativo,

¿El demandante tiene derecho a que su prestación se liquide en el equivalente del 75% del salario percibido durante el último año de servicio, con inclusión de la totalidad de los factores devengados?

Primer problema jurídico

Para referirse a cuáles son las entidades responsables del reconocimiento de pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, conviene tener presente que el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, prevé:

ARTICULO 75. EFECTIVIDAD DE LA PENSIÓN.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la Ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)
Actor: Gerardo Betancur González
Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el Artículo 3o del citado Decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la Resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.

Posteriormente, el Decreto 692 del 29 de marzo de 1994 que reglamentó la Ley 100 de 1993, dispuso en el artículo 4⁶, que los servidores públicos que para el 1.º de abril de 1994 no estuvieren vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales. Asimismo, en el artículo 14 estableció los efectos de la afiliación a la entidad de previsión social, en los siguientes términos:

Artículo 14. Efectos de la afiliación. La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario.

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

⁶ ARTICULO 4o. RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. <Artículo compilado en el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

El Decreto 813 de 1994, modificado por el Decreto 1160 de 1994, estipuló unas condiciones para efectos del reconocimiento de pensiones a cargo de empleadores del sector privado, y señaló:

Artículo 5º. Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de Pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho Instituto para otorgar la pensión de vejez a sus afiliados del régimen de transición. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios prestados al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1º de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo actuarial se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo;

b) Cuando a 1º de abril de 1994 el trabajador tuviere 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio del mismo empleador, y 50 o más años de edad si es mujer o 55 o más años de edad si es hombre, el empleador asumirá directamente la Pensión de Jubilación;

c) Las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador con anterioridad al 1º de abril de 1994 y vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

Parágrafo. Lo previsto en este artículo, sólo será aplicable a aquellos trabajadores que prestaron sus servicios a un mismo empleador.

Es de anotar que el Decreto 1748 del 12 de octubre de 1995⁷, en el artículo 45, señaló que los empleadores del sector público afiliados al I.S.S. deben entenderse asimilados a los del sector privado, por lo cual les sería aplicable el citado artículo 5 del Decreto 813 de 1994.

⁷ «Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993.»

Por otra parte, en relación con la transición de las pensiones de servidores públicos, el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, indicó que quienes se encontraran afiliados a cajas, fondos, o entidades de previsión social se regirían por las siguientes reglas:

a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios 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, tendrá 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.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público, y

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida;

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional.

De lo expuesto en precedencia se concluye, de manera general, que al último empleador le correspondía el reconocimiento de la pensión en los siguientes eventos:

1. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993: cuando al tiempo de retiro el servidor no se encontraba afiliado a ninguna entidad de previsión social (art. 75 D. 1848 de 1969).

2. Luego de la Ley 100 de 1993:

- Cuando la entidad tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. (art. 5 Decreto 813 de 1994)

- Cuando para el 1º de abril de 1994, el empleado hubiera cumplido 20 años o más al servicio del mismo empleador, y 50 o más años de edad para mujeres o 55 o más años de edad si es hombre (art. 5, literal b) Decreto 813 de 1994).

Caso concreto

De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía⁸ y el registro civil de nacimiento⁹, el señor Gerardo Betancur González nació el 14 de agosto de 1953.

El ex servidor prestó sus servicios de la siguiente manera:

Entidad	Desde	Hasta	Total	Aportes
Contraloría de Risaralda (f. 13)	22 de septiembre de 1976	31 de enero de 1979	2 años, 4 meses y 9 días	Cajanal
Empresas Públicas de Pereira (f. 10)	7 de enero de 1981	13 de agosto de 1992	11 años, 7 meses y 6 días	ISS
Área Metropolitana del Centro de Occidente (f. 15)	14 de agosto de 1992	15 de junio de 1994	1 años, 10 meses y 1 día	No se indica
Empresas Públicas de Pereira (f. 10)	16 de junio de 1994	30 de enero de 2000	5 años, 7 meses y 24 días	ISS
Multiservicios S.A. ¹⁰ (f. 23, 30)	3 de octubre de 1998	30 de enero de 2000		ISS

El Concejo municipal de Pereira expidió el Acuerdo 30 del 10 de mayo de 1996 por medio del cual autorizó al alcalde de Pereira para:

«[t]ransformar el establecimiento público "EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA", escindiendo de su patrimonio lo correspondiente a cada servicio, y conformar cuatro sociedades por acciones para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cuyas denominaciones deberán ser: EMPRESA DE ENERGIA DE PEREIRA S.A. E.S.P., EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. E.S.P., EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. E.S.P.

Autorízase también al Alcalde a constituir como resultado de la misma escisión una empresa que podrá denominarse EMPRESA DE SERVICIOS MÚLTIPLES COMPARTIDOS S.A.» (f. 95)

El 3 de octubre de 1998 le fue informado al señor Gerardo Betancur González que había sido incorporado a la planta de las Empresas Públicas de Pereira Multiservicios S.A., por Resolución 0444A del 2 de octubre de 1998, en el cargo de director jurídico, nivel 1, grado 2 (f. 71) del cual tomó posesión esa misma fecha (f. 70).

En los folios 127 a 130 obra certificado de existencia y representación de legal de Multiservicios S.A. que acredita que se trata de una «ENTIDAD ESTATAL DESCENTRALIZADA DEL ORDEN MUNICIPAL, DE CARÁCTER SOCIETARIO, DE NATURALEZA ANÓNIMA, DE ECONOMÍA MIXTA, VINCULADA A LAS ENTIDADES

⁸ Folio 7.

⁹ Folio 8.

¹⁰ Se precisa que este tiempo debe entenderse incluido en el certificado por las Empresas Públicas de Pereira.

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)

Actor: Gerardo Betancur González

Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

SOCIAS, QUE DESARROLLA SUS ACTIVIDADES EN EL SECTOR DE LA TERCERIZACIÓN[...]» (Mayúsculas del original).

Por Resolución 386 del 28 de diciembre de 1999, el gerente general de la empresa Multiservicios S.A. aceptó la renuncia del señor Gerardo Betancur González (f. 74).

Mediante escrito radicado el 1.º de abril de 2009, la parte demandante solicitó a la empresa Multiservicios S.A. el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985 (ff. 16 a 19), petición frente a la cual el secretario general de la entidad, en el Oficio 85188-4 del 26 de mayo de 2009 (ff. 20 a 22) indicó:

«Como corolario de lo anterior, [...], entiéndase que esta respuesta no constituye una negativa a la solicitud por usted impetrada, por el contrario se le informa que Multiservicios S.A., dará inicio al trámite(sic) necesario ante el Municipio de Pereira, Contraloría General de Risaralda, y el Área Metropolitana del Centro Occidente, a fin de que estas entidades reconozcan la cuota parte pensional que les corresponde asumir, con el compromiso de que una vez finalizada la gestión por parte de la Empresa, se le notificara(sic) a usted [...], el monto de las respectivas cuotas partes pensionales, así mismo cual es la Empresa encargada de reconocer la prestación deprecada.» (Mayúsculas, ortografía y puntuación del original)

Posteriormente, el 27 de noviembre de 2009, el mismo funcionario, a través del Oficio 85188-5, luego de citar el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, sostuvo:

«[...] Ahora bien una vez realizado un análisis detallado al expediente (HOJA DE VIDA) del Peticionario, se observa que durante el tiempo que su representado laboró al servicio de Multiservicios S.A. este requisito NO se cumplió, es decir el de haber cotizado a una Caja de Previsión, puesto que su cotización desde el inicio de la relación laboral con la entidad fue efectuada al Instituto de Seguros Sociales.

Adicionalmente en la disposición legal, se consagra como requisito sinequanon que a quien le corresponde el reconocimiento de la prestación es a la Caja de Previsión respectiva, razón por la cual Multiservicios S.A., no es la entidad que debe reconocer la prestación solicitada.»

En el acta de liquidación final de las Empresas Públicas de Pereira, del 7 de enero de 2003 (ff. 75 a 86) se aprobó que el municipio de Pereira asumiera las cuotas partes pensionales de los ex servidores, hasta terminar con la provisión que dicha empresa dejaba y en relación con los trabajadores trasladados a las empresas que se crearon, serían estas las que seguirían asumiendo los pasivos.

En los folios 201 a 345 obran los documentos relativos a la disolución, liquidación y terminación de la existencia legal de Multiservicios S.A., dentro de los cuales se informa que su naturaleza jurídica es la de una sociedad por acciones de economía mixta, compuesta en más del 90% por capital público, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, cuyas acciones son en su totalidad de entidades de derecho público.

Valoración de la Subsección

El señor Gerardo Betancur González considera que la empresa Multiservicios S.A. debe reconocerle la pensión de jubilación con arreglo a las disposiciones de la Ley 33 de 1985, obligación que deriva del artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con lo previsto por los artículos 5 del Decreto 813 de 1994 modificado por el Decreto 1160 de 1994, por haber sido la última entidad empleadora.

Por su parte, la demandada sostiene que es el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, el que debe reconocer la pensión del señor Gerardo Betancur González, en aplicación del artículo 6 del Decreto 813 de 1994, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se encontraba afiliado a ninguna caja de previsión social del sector público.

De los documentos allegados al plenario, se infiere que para el 1.º de abril de 1994, el señor Betancur González, tenía 40 años de edad, es decir, era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, podía pensionarse en los términos de las normas anteriores a esta, que para el presente caso son las contenidas en la Ley 33 de 1985, en atención a que sumaba tiempos en entidades públicas, esto es, la Contraloría General de Risaralda, las Empresas Públicas de Pereira y el Área Metropolitana del Centro de Occidente.

Ahora, de las pruebas que obran en el expediente se concluye que no se configura alguno de los supuestos previamente anotados que impliquen que sea la última entidad empleadora la que debe reconocer la pensión al actor, por lo siguiente:

- No se trataba de una entidad que tuviera a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. (art. 5 Decreto 813 de 1994).
- Para el 1.º de abril de 1994 el servidor no tenía 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio del mismo empleador, ni 55 o más años de edad (art. 5, literal b) Decreto 813 de 1994).
- Dicha norma, en el parágrafo, dice que se aplica para los trabajadores que prestaron sus servicios a un mismo empleador, cuestión que no se verificó en el presente caso, pues Multiservicios S.A. no fue la única entidad para la que sirvió el actor.

Además, para el 1.º de abril de 1994 el señor Gerardo Betancur González laboraba en el Área Metropolitana del Centro de Occidente, fecha para la cual no se demostró cuál fue la entidad a la que efectuaba cotizaciones con destino a pensión, sin embargo, no se controvierte que para el momento en el que esta disposición entró en vigencia en el nivel territorial, el 30 de junio de 1995, se encontraba afiliado al I.S.S. entidad a la cual ya había efectuado cotizaciones durante los años 1981 a 1992.

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)

Actor: Gerardo Betancur González

Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

En esas condiciones, se observa que no se configura alguno de los supuestos legales para que el último empleador reconociera la pensión de jubilación de Gerardo Betancur González, por el contrario, se advierte que es al Instituto de Seguros Sociales, al que le corresponde proveer sobre el derecho reclamado, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, esta es la prevista en el numeral iii) del literal a): «iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida», entidad frente a la cual no se manifestó que se hubiera radicado petición alguna.

En este sentido, se reitera la posibilidad de que el I.S.S., como administradora del régimen de prima media efectúe el reconocimiento con base en las normas aplicables en virtud del régimen de transición, tal y como lo prevé el artículo 5 del Decreto 2527 del 4 de diciembre de 2000, *Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones*, norma que textualmente señala: «Régimen de transición en el ISS. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo anterior, el ISS, como administradora de pensiones del régimen de prima media a la que se pueden vincular los beneficiarios del régimen de transición, deberá reconocer la pensión respetando los beneficios derivados de dicho régimen, siempre y cuando éstos no hayan perdido el régimen de transición de acuerdo con la ley.»

Conclusión: La empresa Multiservicios S.A. no es la entidad que está obligada a reconocer una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985 al señor Gerardo Betancur González, como última empleadora, pues no se configura alguno de los supuestos de que trata el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 para el efecto.

Establecido como está que la empresa Multiservicios S.A. E.S.P. no está obligada a reconocer la pensión del señor Gerardo Betancur González, la Subsección queda relevada de resolver el segundo problema jurídico, relacionado con la forma de liquidar la prestación.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala considera que se impone confirmar la sentencia proferida el 21 de julio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, que denegó las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

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,

Proceso recibido en secretaría
Hoy 14 FEB 2019

Radicado: 660012331000201100343 02 (4205-2016)
Acto: Gerardo Betancur González
Demandado: Multiservicios S.A. E.S.P.

FALLA

Primero: Confírmese la sentencia proferida el 21 de julio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, que denegó las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

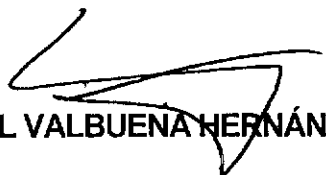
Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

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

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA SECCIÓN SEGUNDA

En Bogotá, a - 6 MAR 2019 notifico al señor (a)
Procurador (a) - Delegado (a) ante
el Consejo de Estado la anterior providencia

Firma _____

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECRETARÍA

SECCION SEGUNDA

SE FMA EN EDICTO el presente negocio por el término legal
de tres días hoy - 8 MAR 2019 a las 8am.