

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE DIPUTADO AFILIADO A FONDO PRIVADO DE PENSIONES – Reconocimiento por parte de la entidad territorial / PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEIUS / TRASLADO DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA CON EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA – Imprudencia de sumar las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual / REGÍMENES DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD- Son excluyentes

Se probó que efectivamente el último cargo que desempeñó el demandante fue el de diputado, entre el 25 de noviembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2000. Sin embargo, se advierte que para ese entonces, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues según lo informó Porvenir S.A., el actor se afilió a dicho fondo de pensiones a partir del 1 de enero de 1999 y hasta el 4 de agosto de 2002, es decir, que cambió de régimen pensional. Nótese que el Departamento del Huila le reconoció una pensión de jubilación al demandante, pese a que estaba afiliado a un fondo privado, sin embargo, en sede judicial con ocasión del principio de la *non reformatio in pejus*, es improcedente afectar el reconocimiento pensional. En ese sentido, se resalta que los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad son excluyentes. En consecuencia, el estar afiliado a un régimen y trasladarse a otro, conlleva la pérdida de los beneficios que se tenían, máxime cuando la Ley 797 de 2003, dispone la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida. Así las cosas, no es posible sumar las cotizaciones efectuadas durante los más de dos años que estuvo afiliado a un fondo privado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Porque, además dichos valores que fueron devueltos por Porvenir el 30 de diciembre de 2002, en el monto de \$13.930.673. Ahora bien, en el recurso de apelación el accionante manifiesta que Porvenir S.A. debía reconocerle la pensión de jubilación conforme la Ley 6 de 1945, en tanto estaba afiliado a ese fondo para el momento del retiro del servicio. Al respecto se señala que dicha entidad no es parte accionada en la presente demanda y que conforme se probó en el proceso, rechazó la solicitud de reconocimiento pensional que formuló ante ella el demandante, al afirmar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en condición de afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 31 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 59 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 60 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 64 // LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 16

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 41001-23-31-000-2011-00377-01(4137-13)

Actor: LUIS ANTONIO PÉREZ BARRAGÁN

Demandado: DEPARTAMENTO DEL HUILA

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

Asunto : Reliquidación pensión de jubilación

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 4 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró la nulidad parcial de la Resolución 1138 de 15 de noviembre de 2006; a título de restablecimiento del derecho, ordenó pagar al accionante las mesadas pensionales comprendidas entre el 27 de octubre de 2001 y el 24 de febrero de 2003; y negó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor Luis Antonio Pérez Barragán, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó ante el Tribunal Administrativo del Huila la nulidad los siguientes actos administrativos:

- **Resolución 1104 de 11 de diciembre de 2007**, por medio de la cual el Departamento del Huila negó la reliquidación de la pensión de jubilación del accionante.

- **Resolución 969 de 23 de noviembre de 2010 y Resolución 184 de 3 de mayo de 2011** que confirmaron la decisión anterior, al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos en su contra.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida en la Resolución 1138 de 15 de noviembre de 2006, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último

año de servicio, en calidad de ex diputado del Departamento del Huila. Reliquidación que debe tener efectos fiscales a partir del 27 de octubre de 2001 y reajustarse anualmente de acuerdo con el IPC.

Requirió que se cancelen intereses moratorios; se condene en costas a la entidad accionada; y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

El señor Luis Antonio Pérez Barragán nació el 4 de agosto de 1940 y prestó sus servicios al Estado durante más de 20 años.

Mediante la Resolución 1138 de 15 de noviembre de 2006, la Secretaría General de la Gobernación del Huila reconoció a su favor una pensión de jubilación, a partir del 24 de febrero de 2003, con fundamento en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta como tiempos de servicio los prestados en diferentes entes territoriales, como se describe a continuación:

Entidad	Cargo	Tiempo de servicio
Secretaría de Agricultura del Departamento del Huila	Obrero dependiente	Del 1 de enero de 1962 al 30 de diciembre de 1977
Alcaldía municipal de Pitalito	Alcalde	Del 11 de octubre de 1979 al 30 de diciembre de 1980
Secretaría de Agricultura del Departamento de Caquetá	Secretario de Agricultura	Del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1984 y del 25 de febrero de 1985 al 30 de agosto de 1986
Congreso de la República	Diputado a la Asamblea por el Departamento del Huila	Del 25 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2000

El 3 de marzo de 2007, el actor solicitó a la entidad accionada la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores efectivamente devengados como diputado del Departamento del Huila, por cuanto fue ese y no el de alcalde del Municipio de Pitalito (como en su criterio, erradamente lo señaló el acto de reconocimiento pensional), el último cargo que desempeñó al servicio del Estado.

A través de la Resolución 1104 de 11 de diciembre de 2007, el Departamento del Huila negó lo pretendido, con el argumento que durante el tiempo en el que el señor Pérez Barragán laboró en la Asamblea Departamental del Huila, realizó sus cotizaciones en pensiones al fondo Porvenir, lo que conllevó per se al cambio de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, de modo que de incluirse ese tiempo, su pensión se reconocería bajo este último régimen.

Inconforme con la decisión, el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la referida resolución, que fue confirmada mediante las Resoluciones 969 de 23 de noviembre de 2010 y 184 de 3 de mayo de 2011. En éstas, se indicó que el ente territorial no podía reliquidar la pensión de jubilación, dado que era inviable incluir un tiempo de servicio cotizado en el régimen de ahorro individual, el cual era diferente al aplicado en el acto de reconocimiento pensional, máxime cuando el actor no se trasladó de nuevo al régimen de prima media con prestación definida.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

De la Constitución Política, los artículos 25, 48 y 53.

Ley 6 de 1945, artículo 17.

Ley 65 de 1946, artículos 3, 4 y 5.

Ley 4 de 1966.

Ley 33 de 1985, artículo 1.

Ley 100 de 1993, artículo 36.

La parte demandante afirmó que en el acto de reconocimiento pensional si bien se indicó que la mesada se liquidaba con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, lo cierto es que no tuvo en cuenta los correspondientes al periodo en el que el accionante laboró como diputado del Departamento del Huila (último cargo desempeñado), sino que solo incluyó lo percibido como alcalde del Municipio de Pitalito.

Adujo que el accionante era beneficiario del régimen de transición previsto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, toda vez que para la fecha de entrada en vigencia de dicha ley acreditaba más de 15 años de servicio. Por ende, afirmó que consolidó su derecho pensional el 4 de agosto de 1990, momento en el que cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 6 de 1945, esto es, tener 50 años de edad y haber prestado 20 años de servicio al Estado.

Afirmó que también le es aplicable el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, toda vez que a la fecha de su entrada en vigencia cumplía con los requisitos, como se dijo antes, para ser acreedor de la pensión de jubilación establecida en la Ley 6 de 1945.

Manifestó que la liquidación de su mesada pensional debe efectuarse teniendo en cuenta lo devengado durante el último año de servicios, independientemente de si cotizó en el Departamento del Huila o en un fondo de pensiones privado, dado que la Ley 6 de 1945 no establece que los aportes se tengan que realizar en determinado fondo.

Señaló que la entidad demandada contabilizó de forma errada la prescripción trienal del derecho pensional, pues la solicitud de la pensión se presentó por primera vez el 27 de octubre de 2004 y no el 24 de febrero de 2005, de modo que la mesada debió reconocerse desde el 27 de octubre de 2001.

2. Contestación de la demanda

El Departamento del Huila guardó silencio.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia del 4 de julio de 2013: i) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1138 de 2006, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a favor del actor, en el sentido de modificar la fecha de prescripción de las mesadas; ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenó pagar al accionante las mesadas pensionales comprendidas entre el 27 de octubre de 2001 y el 24 de febrero de 2003; y iii) negó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente¹:

Precisó que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para el orden territorial (30 de junio de 1995), el actor tenía su derecho pensional consolidado, en tanto acreditaba 54 años de edad y más de 20 años de servicio, lo que quiere decir que la Ley 100 de 1993 no le era aplicable. Por consiguiente, señaló que debían analizarse los parámetros para reconocimiento de la pensión de jubilación establecidos en la Ley 33 de

¹ Folios 459 a 476.

1985, la cual a su vez tenía un régimen de transición, que para el caso en concreto obligaba a remitirse a la Ley 6 de 1945.

Resaltó que para el momento en que la Ley 33 de 1985 entró en vigencia (29 de enero de 1985), el accionante reunía los 15 años de servicio requeridos en el sector público, para ser beneficiario del régimen de transición en ella contenido, en consecuencia, al pertenecer a una entidad del orden territorial, se le debía reconocer una pensión de jubilación de conformidad con lo previsto en la Ley 6 de 1945.

Relató que, según el artículo 17 de dicha ley, se adquiere el derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad y 20 de servicio, requisitos que acreditó el actor el 4 de agosto de 1990, en calidad de empleado departamental; en ese sentido, sostuvo que el último salario devengado por él como trabajador del Departamento del Huila fue en la calidad de alcalde del Municipio de Pitalito.

Aclaró que la Ley 100 de 1993 estableció como una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, no renunciar al sistema de prima media con prestación definida, puesto que el artículo 36 de la citada norma, en sus incisos 4 y 5 estableció que la protección que otorga el régimen de transición se extingue cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual.

Enfaticó que como se encontró probado que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual el 15 de julio de 1999, sin que exista prueba alguna que regresó al régimen de prima media, no podía beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, se entiende que el Departamento del Huila le reconoció la pensión de jubilación por cuanto para la época en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 ya el actor tenía consolidado su derecho.

Definió que la decisión de la entidad accionada es la más favorable y resulta jurídicamente válida, pues aunque el sustento del acto de reconocimiento se efectuó con fundamento en la Ley 33 de 1985, cuando correspondía la Ley 6 de 1945, para efectos prácticos de la mesada pensional no existe desconocimiento de derechos en tanto la pensión se reconoció a partir del 4 de agosto de 1990.

Añadió que la solicitud de reconocimiento pensional se presentó el 27 de octubre de 2004, por lo que desde esa fecha se interrumpió el término de prescripción y, en consecuencia, como la Resolución 1138 de 2006 reconoció la pensión a partir

del 24 de febrero de 2004, se debe declarar su nulidad parcial, y ordenarse el reconocimiento de las mesadas causadas entre el 27 de octubre de 2001 y el 24 de febrero de 2003.

4. Recurso de apelación

El apoderado del accionante solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y se condene al reconocimiento y pago de todas las acreencias reclamadas, así²:

Alegó que si se aplica el principio de inescindibilidad y favorabilidad en materia pensional, como se dijo en la sentencia, el régimen en que se debe fundamentar el reconocimiento pensional a favor del actor es el de la Ley 6 de 1945, por lo que la mesada se liquida con base en lo devengado durante el último año de servicio, es decir, lo percibido durante el tiempo en el que laboró como diputado del Departamento del Huila, entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000.

Indicó que el demandante se trasladó al fondo Porvenir pensando solo que sus cesantías serían administradas por éste, sin imaginarse que también asumiría el reconocimiento de su derecho pensional. Sin embargo, afirmó que el hecho de haberse trasladado de régimen no lo hace perder sus derechos adquiridos, es decir, a que su pensión se fundamente en la Ley 6 de 1945.

Adujo que la entidad demandada pudo haber cometido un error al asumir el pago de la pensión de jubilación, como quiera que el actor se había trasladado de régimen y, en cambio, era Porvenir el encargado del reconocimiento de la pensión, toda vez que era el fondo en el que se encontraba afiliado.

Sostuvo que si bien el Departamento del Huila decidió reconocer la pensión, debió solicitar a Porvenir la devolución o traslado de los aportes y cotizaciones con el fin de liquidar la mesada teniendo en cuenta lo devengado en calidad de diputado.

Pidió que se mantuviera incólume la sentencia apelada, en lo referente al tema de la prescripción de las mesadas.

5. Alegatos de conclusión

El actor manifestó que tiene derecho a que su pensión se reconozca de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, de manera que adquirió su

² Folios 478 a 482.

derecho pensional el 4 de agosto de 1990 al cumplir 55 años de edad, en tanto para ese momento acreditaba más de 20 años de servicio.

Afirmó que el demandante tiene también otro derecho adquirido respecto al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la fecha de su entrada en vigencia contaba con más de 53 años de edad y más de 24 años de servicio prestados a entes territoriales.

Solicitó que se revoque la sentencia y se reliquide su pensión de jubilación³.

La parte demandada guardó silencio.

6. El Ministerio Público pidió que se confirme la sentencia recurrida.

Sostuvo que como el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual, sin que obre prueba alguna acerca de que regresó al régimen de prima media con prestación definida, no es posible sumar las cotizaciones que realizó en ambos regímenes, dado que claramente se diferencian, según lo señala la Ley 100 de 1993.

Respecto al alegato del actor, referente a que Porvenir debió reconocerle la pensión de jubilación por haberlo tenido como cotizante, precisó que ello no es posible, ya que los fondos privados solo tienen competencia para reconocer el derecho pensional del régimen de ahorro individual.

Indicó que no es válida la afirmación del demandante acerca de que el Departamento del Huila debió solicitar a Porvenir la devolución de los aportes que efectuó en su condición de diputado, toda vez que el pertenecer a uno u otro régimen es una decisión propia del afiliado en la que no puede intervenir la entidad para exigir el traslado de las cotizaciones. En ese sentido, resaltó que el interesado tenía que haber realizado voluntariamente el trámite correspondiente para el cambio de régimen, con el fin de que lo devengado en el cargo de diputado le fuera tenido en cuenta al momento de liquidar su mesada pensional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

³ Folios 502 a 514.

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si revoca la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila que declaró la nulidad parcial del acto administrativo acusado y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para el efecto se analizará, si el señor Luis Antonio Pérez Barragán tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de la Ley 6 de 1945, con lo devengado en el último año de servicios por los tiempos cotizados a un fondo privado, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para resolver el problema jurídico planeado la Sala abordará los siguientes temas: 2.1. Marco jurídico; 2.2. Hechos probados; y 2.3. Caso concreto.

2.1. Regímenes del sistema general de pensiones creados en la Ley 100 de 1993

El Congreso de la República a través de la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, que quedó conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios⁴.

El sistema general de pensiones, por su parte, reconoce la pensión de vejez, de invalidez y de sobrevivientes⁵, para lo cual se dispuso la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores de los sectores público y privado en forma unificada⁶. Sin embargo, exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial⁷.

El artículo 12, de la mencionada ley, estableció dos regímenes de pensiones a saber: i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y; ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad.

⁴ Artículo 8 Ley 100 de 1993.

⁵ Literal c) artículo 13 Ley 100 de 1993.

⁶ Literal a) artículo 13 Ley 100 de 1993.

⁷ Artículo 279 Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, el artículo 31 *ibídem* lo define como “(...) *aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas (...)*”. Y el artículo 32 literal b) de dicha norma, señala que en este régimen los aportes de sus afiliados constituyen “(...) *un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley (...)*”.

Las personas afiliadas al régimen solidario de prima media con prestación definida obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos contenidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003⁸ que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ellos son: a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 años respectivamente; y b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentarían a partir del 1 de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.

Por otra parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad está definido en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 como “(...) *el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados (...)*”.

En tal régimen, a diferencia del de prima media con prestación definida, el monto de la pensión no es determinado por la ley sino que el mismo depende, en los términos del literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, “(...) *de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar (...)*” lo que implica que sea variable.

En lo concerniente a los requisitos para obtener la pensión de vejez, el legislador estableció⁹ que quienes se encuentren afiliados al régimen de ahorro individual

⁸ “(...) Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 [...]» [Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 510 de 2003](#)

⁹ “ARTICULO. 64. -Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su

con solidaridad, tienen derecho a obtener la pensión de vejez una vez hayan reunido en su cuenta individual el capital necesario para financiarla y siempre que la cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente. A diferencia del régimen de prima media con prestación definida, la norma no exige al afiliado el cumplimiento de una edad determinada o de un número específico mínimo de semanas de cotización.

Aunque los dos regímenes del sistema coexisten, son excluyentes entre sí, en tanto la ley señala la obligación de elegir uno u otro. En desarrollo de ese criterio, el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, prevé que ninguna persona puede distribuir las cotizaciones entre ambos regímenes. Así, se deduce que solo puede aplicarse uno de los dos al momento de reconocerse una pensión.

2.2. Hechos probados

Prestación de servicios

El señor Luis Antonio Pérez Barragán nació el 4 de agosto de 1940, según se acredita con la copia del registro civil de nacimiento¹⁰ y prestó sus servicios al Estado, así:

- Del 1 de enero de 1957 al 30 de diciembre de 1961, en el Departamento del Huila como obrero auxiliar de la extinta Secretaría de Agricultura, según lo certificó la Secretaría General de la Gobernación del Huila¹¹.
- Del 1 de enero de 1962 al 30 de diciembre de 1977, en el Departamento del Huila como obrero dependiente de la Secretaría de Agricultura y como secretario de Inspección de Policía en San Agustín, conforme certificación expedida por Secretaría General de la Gobernación del Huila el 17 de septiembre de 2004¹².
- Del 11 de octubre al 30 de diciembre de 1979 y del 1 de enero al 30 de diciembre de 1980, en el Departamento del Huila como alcalde de Pitalito, de

cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre (...)"

¹⁰ Folio 61.

¹¹ Folio 124.

¹² Folios 64 a 66.

conformidad con la certificación emitida por la Secretaría General de División Comercial y de Servicios Generales del ente territorial¹³.

- Del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1984 y del 25 de febrero de 1985 al 30 de agosto de 1986, en el Departamento del Caquetá como secretario de gobierno, de acuerdo con la certificación suscrita por la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social de la Gobernación del Caquetá, el 27 de agosto de 2004¹⁴.

- Del 25 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2000, en la Asamblea Departamental del Huila en calidad de diputado, según la certificación expedida por esa entidad el 19 de octubre de 2004¹⁵. Tiempo en el que, conforme indicó la secretaria de la corporación, estuvo afiliado a Porvenir S.A., y realizó sus cotizaciones para pensión¹⁶.

Reconocimiento pensional

El 27 de octubre de 2004, el actor solicitó a la División de Talento Humano de la Gobernación del Huila, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, al considerar que cumplía con todos los requisitos necesarios para ella¹⁷.

El señor Pérez Barragán estuvo afiliado a Porvenir S.A. del 27 de noviembre de 1998 al 4 de agosto de 2002, según lo certificó el 6 de abril de 2005 el director de la oficina de Neiva Porvenir S.A¹⁸.

El 6 de abril de 2005 el accionante solicitó de nuevo a la Gobernación del Huila, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez¹⁹.

Mediante la Resolución 435 de 3 de mayo de 2005, la entidad accionada negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a favor del actor, bajo el argumento que la entidad competente para ello era Porvenir S.A., fondo en el que estuvo afiliado y cotizó para pensiones a la fecha en la que cumplió 20 años de servicio²⁰.

A través de la Resolución 0089 de 1 de febrero de 2006, la Secretaría General de la Gobernación del Huila confirmó en todas sus partes la anterior decisión, al

¹³ Folio 50.

¹⁴ Folios 62 – 63.

¹⁵ Folios 67 – 68.

¹⁶ Folio 51.

¹⁷ Folio 47.

¹⁸ Folio 73.

¹⁹ Folio 76.

²⁰ Folios 79 a 81.

resolver el recurso de reposición interpuesto en su contra²¹.

Sin embargo, posteriormente, en la Resolución 1138 de 15 de noviembre de 2006, la Secretaría General de la Gobernación del Huila reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del señor Pérez Barragán, con fundamento en la Ley 33 de 1985, exigible a partir del 4 de agosto de 1990 y efectiva desde el 24 de febrero de 2003, por prescripción trienal. Al respecto, se observa que como tiempo de servicios se tuvo en cuenta el laborado del 1 de enero de 1957 al 30 de diciembre de 1980, como empleado oficial del nivel territorial²².

El 7 de marzo de 2007, el accionante pidió al Departamento del Huila la reliquidación de la pensión, con el fin que se le incluyeran todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2001²³.

En Oficio del 11 de octubre de 2007, la Dirección de Prestaciones de Porvenir S.A. informó a la Gobernación del Huila que el señor Luis Antonio Pérez Barragán presentó ante ésta una solicitud de reconocimiento pensional, la cual rechazó porque no cumplía con los requisitos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia, procedió al pago de la devolución de saldos el 30 de diciembre de 2002 por un valor de \$13.930.673²⁴.

Mediante la Resolución 1104 de 11 de diciembre de 2007 (acto acusado en la presente demanda), la Secretaría General de la Gobernación del Huila negó la solicitud de reliquidación de pensión presentada por el actor. Ello, al afirmar que no podían incluirse dentro de la liquidación los factores que devengó el actor durante el último año de servicios, en calidad de diputado por el Departamento del Huila, toda vez que en ese periodo efectuó sus cotizaciones para pensión ante Porvenir S.A., lo que conllevó al cambio de régimen pensional del de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que al incluir dicho tiempo, su situación pensional se redefiniría bajo las normas que gobiernan ese último régimen²⁵.

El 20 de diciembre de 2007, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la anterior decisión²⁶.

²¹ Folios 103 a 110.

²² Folios 129 a 133.

²³ Folios 136 - 137.

²⁴ Folio 146.

²⁵ Folios 44 a 46.

²⁶ Folios 144 - 145.

A través de la Resolución 969 de 23 de noviembre de 2010 (acto acusado en la presente demanda), la Secretaría General de Gobernación del Huila resolvió no reponer la Resolución 1104 de 11 de diciembre de 2007, y en consecuencia, la confirmó al sostener que el señor Pérez Barragán no se trasladó al régimen pensional de prima media con prestación definida²⁷.

En Oficio del 20 de diciembre de 2010, el analista CAI- Regional Sur de Porvenir S.A., le informó al accionante que se afilió a ese fondo desde el 1 de enero de 1999²⁸.

Mediante la Resolución 184 de 3 de mayo de 2011 (acto acusado en la presente demanda), la Gobernadora ad-hoc del Departamento del Huila confirmó lo decidido en la Resolución 1104 de 11 de diciembre de 2007, al resolver el recurso de apelación interpuesto²⁹.

2.3. Caso concreto

En el presente asunto el señor Luis Antonio Pérez Barragán pretende la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidaron de su pensión de jubilación, al considerar que tiene derecho a que se incluyan como base de liquidación los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, tiempo en el que prestó sus servicios en calidad de diputado del Departamento del Huila y estaba afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El Tribunal Administrativo del Huila i) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1138 de 2006, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a favor del actor, en el sentido de modificar la fecha de prescripción de las mesadas; ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenó pagar al accionante las mesadas pensionales comprendidas entre el 27 de octubre de 2001 y el 24 de febrero de 2003; y iii) negó las demás pretensiones de la demanda.

Inconforme con esta decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación insistiendo en que el actor tenía derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, pues de acuerdo con la Ley 6 de 1945, que le es aplicable, la mesada se debe liquidar con base en lo devengado durante el último año de servicio, es decir, lo percibido en el tiempo en que laboró como diputado del Departamento del

²⁷ Folios 31 a 36.

²⁸ Folios 48 – 49.

²⁹ Folios 37 a 43.

Huila. Adicionalmente, solicitó que se mantuviera incólume la sentencia del Tribunal, en lo relacionado con la prescripción de las mesadas.

Precisado lo anterior, la Sala señala en primer lugar que el actor no discute la normativa aplicable para el reconocimiento pensional, sino que se le haya de dejado de incluir en su mesada lo cotizado en la calidad de diputado del Departamento del Huila, cuando estaba afiliado a Porvenir, como fondo administrador de pensiones.

Al respecto, se probó que efectivamente el último cargo que desempeñó el demandante fue el de diputado, entre el 25 de noviembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2000³⁰. Sin embargo, se advierte que para ese entonces, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues según lo informó Porvenir S.A., el actor se afilió a dicho fondo de pensiones a partir del 1 de enero de 1999³¹ y hasta el 4 de agosto de 2002³², es decir, que cambió de régimen pensional.

Nótese que el Departamento del Huila le reconoció una pensión de jubilación al demandante, pese a que estaba afiliado a un fondo privado, sin embargo, en sede judicial con ocasión del principio de la *non reformatio in pejus*, es improcedente afectar el reconocimiento pensional.

En ese sentido, se resalta que los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad son excluyentes. En consecuencia, el estar afiliado a un régimen y trasladarse a otro, conlleva la pérdida de los beneficios que se tenían, máxime cuando la Ley 797 de 2003, dispone la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida³³.

Así las cosas, no es posible sumar las cotizaciones efectuadas durante los más de dos años que estuvo afiliado a un fondo privado en el régimen de ahorro individual

³⁰ Folios 67 – 68.

³¹ Folios 48 – 49.

³² Folio 73.

³³ “ARTÍCULO 2o. Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

(...)

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)”.

- El aparte subrayado del texto fue modulado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar su constitucionalidad. En dicha providencia se indicó que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste, en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

con solidaridad. Porque, además dichos valores que fueron devueltos por Porvenir el 30 de diciembre de 2002, en el monto de \$13.930.673³⁴.

Ahora bien, en el recurso de apelación el accionante manifiesta que Porvenir S.A. debía reconocerle la pensión de jubilación conforme la Ley 6 de 1945, en tanto estaba afiliado a ese fondo para el momento del retiro del servicio. Al respecto se señala que dicha entidad no es parte accionada en la presente demanda y que conforme se probó en el proceso, rechazó la solicitud de reconocimiento pensional que formuló ante ella el demandante, al afirmar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en condición de afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad³⁵.

Por último, no se emitirá pronunciamiento alguno respecto a la prescripción declarada por el *a quo*, toda vez que el accionante es apelante único y además, pidió que la sentencia se mantenga incólume en lo relativo a este tema.

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala desestima el recurso de apelación presentado por la parte actora y, por ende, confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Huila que declaró la nulidad parcial de la Resolución 1138 de 2006, al modificar solamente la fecha de prescripción de las mesadas.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 4 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró la nulidad parcial de la Resolución 1138 de 15 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en esta instancia

TERCERO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

³⁴ Folio 146.

³⁵ Folio 146.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER