Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00206

Cartagena de Indias D.T y C, diecinueve (19) de Abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00206-00**
Demandante	**ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ**
Demandado	**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Tema	**RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTES – FACTORES SALARIALES**
Sentencia No	**0079**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ**, a través de apoderado judicial, contra el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

2. ANTECEDENTES

- **HECHOS**

1-La demandante laboró por más de 20 años como docente oficial, y cumplió con los requisitos establecidos en la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

2-Mediante Resolución No. 04-1412 del 13 de Agosto de 2013 se reconoce la pensión sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la obtención del estatus de pensionado.

- **PRETENSIONES**

1-Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 04-1412 de 13 de Abril de 2006, por medio de la cual reconoció a favor de la demandante la pensión vitalicia de jubilación, en lo que tiene que ver con la cuantía de la mesada.

2-Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 28 de Enero de 2017, frente a la petición presentada el día 28 de Octubre de 2016, por medio del cual se le negó a la demandante la solicitud de reliquidación de la pensión ordinaria, manteniendo la decisión de no incluir todos los factores salariales que devengó durante el año anterior a la obtención del status de pensionado

3-Que a título de restablecimiento del derecho se condene a FOMAG a reconocer y pagar a favor de la demandante, una pensión de jubilación a partir del 14 de Julio de 2012, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

4-Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida se apliquen los reajustes de ley para cada año.

5-Que se condene a FOMAG a realizar el pago del respectivo retroactivo.

6-Que las sumas a pagar sean actualizadas o indexadas

7-Que se condene a FOMAG a pagar los intereses moratorios.

8-Que se condene en costas al FOMAG.

- **FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

- Ley 91 de 1989, art. 15; Ley 33 de 1985, art. 1; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, que debe decretarse la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de la pensión ordinaria de la accionante, omitió incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones antes aludidas.

- **CONTESTACIÓN**

FOMAG: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indicó, que, los actos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte demandante no acreditó siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Así mismo, que al realizar un análisis exhaustivo de los documentos adjuntos a la demanda, se puede verificar, que la pretensión de la señora **ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ**, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la Ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior al status de pensión.

Como excepciones de mérito presentó las de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*", "*COBRO DE LO NO DEBIDO*", "*PRESCRIPCIÓN*" y "*COMPENSACIÓN*".

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- **TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 29 de Agosto de 2017, admitida mediante auto del 14 de Septiembre del mismo año, notificada mediante estado 122 de 2017.

Por auto del 08 de Febrero del 2018, se cita a las partes a audiencia inicial para el 19 de Abril de 2018, en la cual se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar alegatos seguidamente.

- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda.

Aduciendo que el demandante tiene derecho a que la pensión le sea re-liquidada y calculada con el Promedio del 75% de todos los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicio. Ello bajo los lineamientos de la Ley 91 de 1989, en concordancia con la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, que constituyen un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuarse el reconocimiento pensionar. Posición que se debe adoptar para la solución del presente acto.

FOMAG: se ratifica en lo manifestado en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si los demandantes tienen derecho a que se les re-liquide la pensión de vejez, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a que se le causó el derecho al reconocimiento de la pensión.

- **TESIS**

Este Despacho luego de realizar un análisis del medio de control bajo estudio, de cara y en obedecimiento a la reciente Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se hace alusión al régimen de transición y al concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales - **Sentencia SU395/17** -, la cual se consignó en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, llegó a la conclusión que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

La Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia SU395/17, manifestó que de acuerdo a lo establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios que sustentan el nuevo sistema de seguridad social en pensiones (**consagrado en la Ley 100 de 1993**), en especial, el principio de la sostenibilidad financiera del mismo **(que huelga porque haya correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado**), y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Luego de realizar un examen de la misma, evidencia el Despacho, que, si bien existen pruebas que certifican que la actora devengó en el año anterior a la obtención del status de pensionado, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, otras prestaciones, tales como, prima de navidad **(ver certificado de salario a folio 23 de expediente)**, no encuentra dentro de la actuación las pruebas que acrediten que en efecto la actora cotizó sobre las prestaciones que no se tuvieron en cuenta al momento de liquidar su pensión de jubilación, entonces, tal y como se anunció, las pretensiones de la demanda serán negadas.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Frente a las diferentes interpretaciones que se han presentado respecto a la manera de entender el régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente los parámetros fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto; si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo

3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; este Despacho, había mantenido a lo largo de los últimos años como tesis para fundamentar las decisiones como en el caso que nos ocupa, las del máximo órgano de lo contencioso administrativo contendidos en las Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 con radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013, providencias que sostienen que con respecto a aplicación del precedente de la sentencia de la Corte Constitucional en su sentencia SU-230 de 2015, no era aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa.

No obstante, con la expedición de la Sentencia SU395/17[1] de la Corte Constitucional; pero promulgada en febrero del año 2018, siendo que es una sentencia de unificación, tiene el Despacho el deber de acatarla y en consecuencia fundamenta las presentes decisiones en sus fundamentos jurídicos y jurisprudenciales. En dicha sentencia la Honorable Corte Constitucional acotó lo siguiente:

> "***8. Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales***
>
> *8.1. Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993[2], el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a Cajanal y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas[3].*
>
> *8.2. A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios[4], ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las leyes 6 de 1945[5] y 65 de 1946[6] y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial únicamente para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía[7]. Por otra parte, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como Caxdac[8]. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946[9].*

---

[1] Sentencia del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, donde fungen como demandantes Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E. liquidada-, Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-, Carlos Saúl Súarez y Álvaro Córdoba Nieto en contra del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsecciones A y B- e Instituto de Seguros Sociales -Hoy Colpensiones-

[2] *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."*

[3] Sobre el tema se puede consultar la Sentencia C-177 de 1998.

[4] Al respecto, la Corte resalta que en algunas empresas era común el establecimiento de pensiones convencionales, las cuales eran pagadas directamente por las compañías al cumplirse ciertos requisitos, que en muchos casos eran mucho más flexibles que los contemplados en las leyes de la época.

[5] *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."*

[6] *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras."*

[7] Sobre el particular, es importante mencionar que con el fin de proteger a los trabajadores que llevaban un largo tiempo laborado para una misma empresa, pero que no cumplían 20 años de servicio, se establecieron prestaciones como la pensión sanción y la pensión restringida de jubilación contempladas en la Ley 171 de 1961, *"Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones."*

[8] Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles).

[9] *"Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales."*

8.3. Así pues, puede señalarse que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias. Ciertamente, un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditara un determinado tiempo de servicio, y el segundo se basó en un sistema de aportes en el cual se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

8.4. Posteriormente, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social y que fueran acogidos por el Constituyente de 1991[10], el legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, creando un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

8.5. Con tales propósitos, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización y se creó un régimen de transición con el fin de respetar las expectativas legítimas.

A este respecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones[11]. La transición pensional quedó establecida en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

---

[10] Artículo 48 de la Constitución Política.

[11] Cfr. Sentencia T-078 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio." (Subrayas no originales)

Esto quiere decir que la garantía del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994[12]), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

(i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.
(ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.
(iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos[13], con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) el monto de la pensión de vejez[14].

---

[12] Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

[13] Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. *Cfr.* Sentencia SU-130 de 2013.

[14] Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la *pérdida del régimen de transición*, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1° de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4° de dicha disposición determinó que "[e]*l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.*" (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5° del mismo artículo estableció que, "[t]*ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida*". (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: *(i)* cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con

8.6. En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

(i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.
(ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.
(iii) El monto de la misma.

8.7. Respecto de los dos primeros presupuestos no ha habido mayor dificultad en su interpretación. Sin embargo, frente al tercero de ellos, esto es, "el monto", cabe decir que ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindiblilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017[15], la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[16]. Bajo este criterio, los beneficiaros del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión[17]. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios[18].

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en

---

solidaridad o *(ii)* cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

[15] M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

[16] Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

[17] Ídem.

[18] Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

8.9. En este punto, bien vale la pena traer a colación la Sentencia SU-230 de 2015[19], en donde la Corte dejó en claro que hasta ese momento era dable identificar en su jurisprudencia dos acepciones en relación con el monto. Una en el marco de los regímenes especiales y, otra, como beneficio del régimen de transición. De ahí que en la actualidad, se haya indicado que, "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...).'[20]

8.10. Específicamente, como lo reseñó este Tribunal en la Sentencia T-078 de 2014[21], los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36 fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables al momento de reconocer las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

*"**Inciso segundo**[22]- establece (i) los requisitos para acceder al régimen de transición -40 años hombre / 35 mujer ó 15 años de tiempo de servicio-; (ii) los beneficios antes mencionados -edad, monto, y semanas o tiempo de servicio- y (iii) dispone que las demás condiciones y beneficios serán los de la Ley General de Pensiones.*

***Inciso tercero**[23]- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que están a menos de 10 años de consolidar el derecho, los cuales cuentan con la posibilidad de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere superior. No obstante, no mencionó a los afiliados que estando dentro del régimen de transición les faltare más de 10 años para acceder al derecho pensional, por lo que se entiende que se rige por la ley general, es decir, el artículo 21 de la Ley 100/93."*

8.11. Ahora bien, con ocasión de la expedición de la Sentencia C-258 de 2013[24], este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En dicho fallo, la Sala Plena declaró inexequible la expresión "durante el último año" contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y fijó una interpretación clara sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, en la providencia que se cita, se sostuvo:

---

[19] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[20] Sentencia T-060 de 2016.

[21] M.P. Mauricio González Cuervo.

[22] *"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley."*

[23] *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)."*

[24] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad."

8.12. Así las cosas, en aquella oportunidad esta Sala resolvió declarar inexequible la expresión cuestionada, condicionando la constitucionalidad del resto del precepto normativo, según las siguientes conclusiones:

"En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexequibilidad de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas."

8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación[25]. Ello no significa otra cosa que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[26] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

8.14. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una

[25] Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

[26] En la Sentencia C-258 de 2013 se consideró que *"en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[27].

8.15. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, como fue planteado en la Sentencia SU-427 de 2016[28], *cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario*[29], *lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."*

8.16. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."[30]

Precisamente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena reafirmó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, al señalar que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no solo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un "precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna". Por esta razón, en el referido auto, la Corte negó la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 de 2014, que confirmó las decisiones de los jueces laborales, dirigidas a negar la reliquidación de la pensión de vejez con base en la legislación que rige a los trabajadores de la extinta Telecom, pues el IBL no era un aspecto sometido a la transición. En el mencionado Auto 326, entonces, la Sala Plena afirmó que la ratio decidendi de la Sentencia C-258 de 2013 constituye un parámetro vinculante para las autoridades judiciales, señalado lo siguiente: "es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutiva de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio".

8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones

---

[27] Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 2016.

[28] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[29] Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

[30] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que "lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones".

8.19. Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional[31] (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad[32]. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo[33]."

Según la Corte Constitucional, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, debe haber correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que, la señora **ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ**, a través de apoderado judicial, promovió el presente medio de control con el fin de que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 04-1412 de 13 de Agosto de 2013 - mediante la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación -, y la nulidad del acto ficto configurado el día 28 de Enero de 2017, frente a la petición presentada el día 28 de Octubre de 2016, por medio del cual se le negó a la demandante la solicitud de reliquidación de la pensión ordinaria, y a partir de dicha

[31] Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

[32] En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

[33] Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que *"el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen."*

declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la obtención del status de pensionado.

En respaldo de su solicitud, la parte demandante, manifestó que, la señora **ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ** laboró por más de 20 años como docente oficial; que, cumplió con todos los requisitos exigidos por la Ley para que se le reconociera su pensión de jubilación; y que, si bien en la resolución No. 04-1412 de 13 de Agosto de 2013 se reconoció a su favor una pensión vejez, en tal resolución se erró porque dicho reconocimiento se dio sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la obtención del status de pensionado, como quiera que solo se tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, más no los otros factores salariales devengados, tales como, prima de navidad.

A su turno, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indicó, que al realizar un análisis exhaustivo de los documentos allegados adjuntos a la demanda, se puede verificar, que la pretensión de la señora **ANA CRISTINA HERNANDEZ GONZALEZ**, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la Ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior al status de pensión.

Por su parte, este Despacho luego de realizar un análisis del medio de control bajo estudio, de cara y en obedecimiento a la reciente Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se hace alusión al régimen de transición y al concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales **- Sentencia SU395/17 -**, la cual se consignó en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, llegó a la conclusión que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

La Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia SU395/17, manifestó que de acuerdo a lo establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios que sustentan el nuevo sistema de seguridad social en pensiones (**consagrado en la Ley 100 de 1993**), en especial, el principio de la sostenibilidad financiera del mismo **(que huelga porque haya correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado**), y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Luego de realizar un examen de la misma, evidencia el Despacho, que, si bien existen pruebas que certifican que la actora devengó en el año anterior a la obtención del status de pensionado, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, otras prestaciones, tales como, prima de navidad **(ver certificado de salario a folio 23 de expediente)**, no encuentra dentro de la actuación las pruebas que acrediten que en efecto la actora cotizó sobre las prestaciones que no se tuvieron en cuenta al momento de liquidar su pensión de jubilación, entonces, tal y como se anunció, las pretensiones de la demanda serán negadas.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

"…….

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez