

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-001-2018-00123-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>CECILIA AYNELSA VEGA MONTES</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)</b>
<b>Tema</b>	<i>Revoca la decisión de primera instancia – Le asiste derecho a la parte actora a la pensión de Jubilación consagrada en la Ley 71 de 1988 por cuanto cumplió los requisitos establecidos para la misma, por ser del régimen de transición a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020)<sup>2</sup>, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>3</sup>.

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>4</sup>.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, elevó las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Que se declare la nulidad de (i) la Resolución No. 0842 del 25 de febrero de 2016, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes con aplicación de las Leyes 100 de 1993 y 812 de 2003; y (ii) del oficio No. 2018EE1057 del 09 de marzo de 2018, por medio del cual se le negó la corrección del régimen pensional aplicable conforme al régimen de excepción del magisterio y el marco legal de las leyes 71 de 1988 y 91 de 1989.

<sup>1</sup> doc. 10 cdno primera instancia Exp. Digital

<sup>2</sup>doc. 09 fols. 2 – 3 y carpeta “VIDEO CONT AU INICIAL 2018-123”, video “audiencia inicial.wmv” del minuto 17:49 al minuto 32:34; cdno primera instancia Exp. Digital

<sup>3</sup> doc. 01 fols. 1 – 18 cdno primera instancia Exp. Digital

<sup>4</sup> doc. 01 fols. 1 – 2 cdno primera instancia Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

SEGUNDO: Como título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada para que, corrija el tipo de prestación que le fue otorgada a la actora en la Resolución 0842 del 25 de febrero de 2016 y de tal forma, le sea reconocido y pagado lo correspondiente a una pensión de jubilación por aportes en su condición de docente oficial, a partir del 20 de abril de 2011, en cuantía equivalente al 75% del salario básico y todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

TERCERO: A partir del 05 de julio de 2016 (fecha de retiro del servicio), ajuste y/o reliquide la pensión de jubilación actualizando el monto de la misma, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

### 3.1.2. Hechos<sup>5</sup>.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Relató que la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, nació el 26 de junio de 1954 y laboró por más de 20 años, conforme a la siguiente historia laboral:

ENTIDAD DONDE LABORÓ O COTIZÓ	DESDE	HASTA	AÑOS	MESES	DÍAS
Colpensiones (108.14 semanas)	04/dic./1980	30/dic./1982	02	01	06
Superintendencia de Notariado y Registro (Cajanal)	01/dic./1082	31/oct./1987	04	11	00
Colpensiones (160.44 semanas)	12/ene./1990	31/dic./2000	03	01	11
Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena, docente por OPS	28/feb./2001	30/dic./2001	00	10	03
Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena, docente por OPS	01/feb./2002	30/dic./2002	00	11	00
Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena, docente por OPS	01/feb./2003	30/dic./2003	00	11	00
Nombramiento en provisionalidad SED Cartagena, No. 075 del 02/feb./2004	04/feb./2004	13/ene./2006	01	11	09

<sup>5</sup>doc. 01 fols. 3 – 4 cdno primera instancia Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

Nombramiento en propiedad SED Cartagena, No. 043 del 17/ene./2006	20/ene./2006	05/jul./2016	10	05	16
<b>TOTAL</b>			<b>25</b>	<b>02</b>	<b>15</b>

Por consiguiente, expuso que habiendo completado los años de servicio y la edad requerida, adquirió su status de pensionada el 20 de abril de 2011, por lo que le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 0842 del 25 de febrero de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, con aplicación del régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, otorgándole una mesada pensional en cuantía de \$744.064, que sería de su disfrute a partir de la fecha de retiro del servicio docente. Al respecto, mencionó que fue retirada del servicio docente mediante Decreto 0905 del 01 de julio de 2016, el cual se hizo efectivo a partir del día 05 del mismo mes y año.

De lo anterior, señaló que la pensión de jubilación fue reconocida por fuera del marco legal y debía ser corregida, razón por la cual radicó solicitud ante la Secretaría de Educación de Cartagena el 18 de octubre de 2017, con el fin de obtener el correcto reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes conforme a lo establecido en las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989 en virtud del régimen de excepción del magisterio, computando los tiempos del sector público y los del sector privado; sin embargo, la entidad mediante oficio No. 2018EE1057 del 09 de marzo de 2018, negó la modificación de la pensión alegando que la actora fue vinculada al magisterio en vigencia de la Ley 812 de 2003 y por tanto, el régimen pensional que le es aplicable es el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

### 3.2. CONTESTACIÓN<sup>6</sup>.

La parte demandada presentó de forma extemporánea la contestación de la demanda<sup>7</sup>.

### 3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>.

Por medio de providencia del 18 de febrero de 2020, el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento denegando las pretensiones de la demanda.

Como razones de su decisión, indicó que la vinculación de la actora como docente oficial se dio el 04 de febrero de 2004, con posterioridad a la fecha

<sup>6</sup> doc. 04 cdno primera instancia Exp. Digital

<sup>7</sup> doc. 09 fol. 2 y carpeta "VIDEO CONT AU INICIAL 2018-123", video "audiencia incial.wmv" cdno primera instancia Exp. Digital

<sup>8</sup> doc. 09 fols. 2 – 3 y carpeta "VIDEO CONT AU INICIAL 2018-123", video "audiencia incial.wmv" del minuto 17:49 al minuto 32:34; cdno primera instancia Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 27 de junio de 2003, razón por la que le resulta aplicable el régimen general contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, agregando que si bien la actora prestó sus servicios en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena con anterioridad al 27 de junio de 2003, tal vinculación se hizo a través de orden de prestación de servicios (OPS), por lo tanto, no puede considerarse como un docente oficial para efectos de determinar el régimen pensional que le es aplicable, puesto que es la existencia de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria lo que constituye el precedente pensional de la actividad docente.

Aunado a lo anterior, señaló que una cosa es que el tiempo laborado por OPS sea tenido en cuenta para efectos pensionales y otra, es la condición de empleado público, el cual se obtiene de manera exclusiva con el acto de nombramiento y la posesión.

En cuanto a que la noción de profesión docente contemplada en el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 no hace distinción a la forma de vinculación del servicio docente, la A-quo precisó que dicha noción es aplicable para los aspectos regulados en la mencionada norma, como lo son los ingresos, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro, por lo que no puede hacerse extensiva a otros, toda vez que existen distintos regímenes y su determinación debe hacerse a las condiciones particulares de cada caso.

En virtud de lo anterior concluyó que, la actora al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, no tenía ningún vínculo vigente como docente oficial dado que no se encontraba vinculada mediante una situación reglamentaria, por lo que no puede regirse por el régimen anterior a dicha Ley. En ese sentido, afirmó que la negativa de la entidad demandada a efectuar la reliquidación de la pensión solicitada, se ajusta a la legalidad.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>9</sup>.**

La parte demandante expresó su inconformidad contra la decisión de primera instancia, aduciendo que el criterio mayor expuesto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, es considerar a los contratos de prestación de servicios docentes u OPS como verdaderos contratos o vinculaciones de índole laboral, al estar implícitos en los servicios docentes o educativos prestados bajo estas modalidades los elementos propios de la relación laboral.

En ese sentido señaló que, es cierto que entre una vinculación legal y reglamentaria y la contractual administrativa o laboral u OPS, existen diferencias de forma, pero no de fondo, por cuanto en ellas subyacen los

---

<sup>9</sup> doc. 10 cdno primera instancia Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

elementos de la relación laboral. Por otra parte, resaltó que si la norma no restringe en manera alguna el término de “vinculación” a una forma particular de ingreso al servicio público educativo oficial, a la entidad demandada no le estaba dado desconocer la vinculación que ostentó la actora con la Secretaría de Educación de Cartagena de Indias como docente contratista, puesto que donde el legislador no distingue, al intérprete no le está permitido hacerlo.

Manifestó que no comparte los argumentos de la A-quo, toda vez que con la expedición de la Ley 91 de 1989, lo correcto hubiese sido que la docente fuera debidamente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, destinando sus cotizaciones para pensión a dicho fondo, obligación que sin duda recaía única y exclusivamente en cabeza del ente empleador, esto es, en la Alcaldía de Cartagena.

Finalmente, reiteró que en realidad la docente inició su vida laboral tiempo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual la pensión de jubilación que reclama debe ser reconocida y pagada por el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en virtud de los mandatos contenidos en las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985. En consecuencia, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

### **3.5. PRONUNCIAMIENTO RECURSO<sup>10</sup>.**

La apoderada de la parte demandada realizó un recuento de normas y jurisprudencias<sup>11</sup> en las que se ha hecho pronunciamiento sobre el régimen prestacional aplicable a los educadores. Seguidamente, manifestó que, la pretensión de la parte demandante, sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir de contratos u órdenes de prestación de servicios, no le otorga la calidad de empleado público. En ese sentido, solicitó que se confirme la decisión de la A-quo y se condene en costas a la parte actora.

### **3.6. ACTUACIÓN PROCESAL.**

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 08 de septiembre del 2021<sup>12</sup>, siendo admitido el recurso de alzada por auto del 26 de enero de 2022<sup>13</sup>, decisión notificada a las partes mediante fijación en estado del 27 de

<sup>10</sup>doc. 05 cdno segunda instancia Exp. Digital

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; sentencia del 28 de julio de 2005, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 5212-03; y sentencia del 25 de enero de 2001, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad. 1654-00.

Juzgado 1º Administrativo Oral del Circuito de Pereira, sentencia del 28 de septiembre de 2021, radicado 66001-33-33-001-2021- 00080-00.

<sup>12</sup> doc. 07 cdno segunda instancia Exp. Digital

<sup>13</sup> doc. 09 cdno segunda instancia Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

enero del mismo año<sup>14</sup> y comunicado vía correo electrónico, en la misma calenda<sup>15</sup>.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

##### **5.2. Problema jurídico.**

De conformidad con los hechos expuestos, y los argumentos de la apelación, considera la Sala que, dentro del asunto, se debe determinar:

*¿La señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, tiene derecho a la reliquidación y corrección de su régimen pensional aplicado, por el de una pensión de jubilación por aportes consagrado en la Ley 71 de 1988 como docente oficial?*

*Para resolver el problema anterior, la Sala deberá determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.*

##### **Tesis de la Sala.**

La Sala revocará la decisión de primera instancia, por cuanto a la actora le asiste derecho a la pensión de jubilación por aportes, toda vez que cumplió los requisitos exigidos para ser acreedora de la misma, esto es, ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al haber contado con más de 35 años de edad a la fecha 01 de abril de 1994; igualmente, cumplió las condiciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, al haber acumulado 20 años de servicios continuos y discontinuos, cotizados en entidades públicas y privadas desde el 28 de abril de 1980, adquiriendo el derecho el 19 de agosto de 2009.

<sup>14</sup> doc. 10 cdno segunda instancia Exp. Digital

<sup>15</sup> doc. 11 cdno segunda instancia Exp. Digital

### **5.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

#### **5.3.1. El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG.**

La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”.

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica<sup>16</sup>.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

#### **5.3.2. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial.**

El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

*“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.* (Subrayado fuera del texto)

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia SU 014 del 25 de abril de 2019.

13001-33-33-001-2018-00123-01

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

*"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."*

### **5.3.3. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:**

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados. En ese sentido, dicha Ley dispone:

*"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)"*.

El literal B del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º señala:

*"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

13001-33-33-001-2018-00123-01

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado<sup>17</sup> los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

*“Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*

*50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.*

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>18</sup>, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

*“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.” (Subrayado fuera del texto)*

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes<sup>19</sup> vinculados a partir de 1° de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia SU 014 de fecha 25 de abril de 2019.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

13001-33-33-001-2018-00123-01

que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

#### **5.3.4. Aplicación de la pensión de jubilación por aportes a los docentes – Reiteración de jurisprudencia<sup>20</sup>.**

La pensión por aportes fue consagrada en la Ley 71 de 1988<sup>21</sup>, el cual dispuso en su artículo 7 que tendrán derecho a esta pensión los empleados oficiales y trabajadores al haber acumulado veinte (20) años continuos o discontinuos cotizados en una o varias entidades de previsión de cualquier orden y en el Instituto de Seguridad Social, cuando cumplan la edad de cincuenta y cinco (55) años, si es mujer, y sesenta (60), si es hombre.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 36 inciso dos, dispuso: “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 mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

En ese sentido, aquellas personas que cumplan las condiciones antes citadas, se les podría aplicar el régimen pensional anterior, por tanto, los beneficiarios de este régimen de transición, podrían ser acreedores de la pensión por aportes aludida en la Ley 71 de 1988, siempre que cumplan los requisitos que esta Ley dispone. Sobre la aplicación de esta pensión, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de septiembre de 2022<sup>22</sup>, determinó:

*“Así las cosas, esta Sala ha señalado que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, no implica que las reglas contenidas en aquella decisión no puedan aplicarse o que deba resolverse el caso sin su observancia. (...).*

*Lo anterior, pues si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.*

*Bajo este contexto, la Sala encuentra que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado, como es el de la demandante, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de*

<sup>20</sup> Sentencia del 22 de septiembre de 2022, radicado: 25000-23-42-000-2018-02266-01 (3319-2020). Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicado: 25000-23-42-000-2018-02266-01 (3319-2020). Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

<sup>21</sup> Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de septiembre de 2022, radicado: 25000-23-42-000-2018-02266-01 (3319-2020). Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

13001-33-33-001-2018-00123-01

la Ley 812 de 2003, es la Ley 71 de 1988, en tanto que permite el cómputo de los tiempos cotizados en ambos sectores. (...)”.

En conclusión, la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988 se les puede aplicar a los docentes que (i) sean beneficiarios del régimen de transición; (ii) se hayan vinculado con anterioridad a la Ley 812 de 2003; y (iii) hayan acumulado 20 años de servicios continuos o discontinuos del sector público y privado, cuando cumplan la edad de cincuenta y cinco (55) años, si es mujer, y sesenta (60) años si es hombre.

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

##### **5.4.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala, está determinado por los reparos formulados por la parte demandante contra la decisión adoptada en primera instancia, por lo cual el presente análisis, se centrará en establecer si, la actora tiene derecho a que se le corrija el régimen pensional aplicado en las resoluciones demandadas y en consecuencia, se le aplique el régimen prestacional correspondiente a una pensión de jubilación por aportes, en su condición de docente oficial.

Así las cosas, precisa la Sala que para ser acreedora de la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988, es necesario ser beneficiario/a del régimen transicional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; así lo ha expresado el Consejo de Estado, “(...) De ahí que también, el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por “los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contarán **con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados**”.<sup>23</sup> Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición<sup>24</sup>.

Consecuente con lo anterior, se precisa que el docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición

<sup>23</sup> Ídem

<sup>24</sup> Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008)

13001-33-33-001-2018-00123-01

de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a esta última norma. (...)”<sup>25</sup>

Revisado el expediente, se encuentra que la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes **(i)** nació el 26 de junio de 1954<sup>26</sup>; **(ii)** para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) que consagró el régimen de transición, la actora contaba con 39 años de edad; **(iii)** laboró por órdenes de prestación de servicios en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena desde el 28 de febrero al 30 de diciembre de 2001; del 01 de febrero al 30 de diciembre de 2002; y del 01 de febrero al 30 de diciembre de 2003<sup>27</sup> **(iv)** igualmente prestó sus servicios a entidades privadas como fueron la ORG hotelera cartagena real Ltda; international shipping asociación; Arteaga Pico Gloria; Colegio Almirante Colón y como independiente, para un total de 580.58 semanas cotizadas según certificado expedido por Colpensiones el 03 de septiembre de 2013<sup>28</sup> **(v)** también se desempeñó desde el 04 de febrero de 2004 hasta el 13 de enero de 2006<sup>29</sup> en provisionalidad en la institución educativa Ana María Vélez De Trujillo del Distrito de Cartagena y **(vi)** del 20 de enero de 2006 al 01 de mayo de 2011 en propiedad con el Distrito de Cartagena<sup>30</sup>; lo que significa que ha acumulado más de 20 años de servicios continuos y discontinuos cotizados desde el año 1980 en el sector público y privado (ISS, Cajanal, Fomag). Igualmente cumplió los 55 años de edad el 26 de junio de 2009.

Así las cosas, la actora nació el 26 de junio de 1954<sup>31</sup>, lo que significa que al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993 para los empleados del orden nacional, el 01 de abril de 1994, la señora Vega Montes tenía 39 años de edad, lo que le hace beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para las mujeres se exige ser mayor de 35 años. Siguiendo los parámetros del párrafo anterior, sí puede ser beneficiaria de la aplicación de la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988.

Aclara la Sala, que la Resolución 0842 del 25 de febrero de 2016, que le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, tuvo en cuenta todos los tiempos aportados por ella a Colpensiones, UGPP y al Fomag, por lo que en principio podría pensarse que es acreedora al régimen de la Ley 71 de 1988 o mejor conocida como pensión por aportes.

---

<sup>25</sup> Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 09 de marzo de 2023. Radicado: 18001-23-40-000-2018-00064-01

<sup>26</sup> Archivo 01, doc. 01 fols. 24 y 25 Exp. Digital

<sup>27</sup> Archivo01, doc. 01 fol. 30 Exp. Digital

<sup>28</sup> Archivo01, doc. 01 fols. 31 - 36 Exp. Digital

<sup>29</sup> Archivo01, doc. 01 fols. 37 - 38 Exp. Digital

<sup>30</sup> Archivo01, doc. 01 fols. 39 - 40 Exp. Digital

<sup>31</sup> Archivo 01, doc. 01 fol. 25 Exp. Digital



13001-33-33-001-2018-00123-01

Que según registro civil de nacimiento se establece que el docente nació el 26 de Junio de 1954 y cuenta con 61 años de edad.

Que de acuerdo con los certificados de tiempo de servicio allegados por la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar, el docente presta y ha venido prestando sus servicios en las siguientes entidades:

ENTIDAD NOMINADORA	DESDE	HASTA	TOTAL DÍAS	
COLPENSIONES ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES	04/12/1980	30/12/1982	717	
	12/01/1990	30/05/1990	139	
	25/06/1991	28/08/1991	64	
	14/07/1994	30/11/1994	137	
	01/02/1996	30/11/1996	300	
	01/03/1998	31/01/1999	330	
	01/03/1999	31/08/2002	1.260	
	01/10/2002	31/10/2006	1.470	
	UGPP-UNIDAD DE GESTION PENSIONAL	01/12/1982	31/10/1987	1.770
	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	01/11/2006	08/06/2014	2.738

Que el docente adquirió el status de jubilado el 08 de Junio de 2014 fecha en que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que los factores salariales que sirvieron de base para esta liquidación son:

09/06/2004	30/12/2004	5.50%	358.000	202	509.027	28.562	
01/01/2005	30/12/2005	4.85%	381.500	360	917.259	51.735	
01/01/2006	13/01/2006	4.48%	809.941	13	1.051.259	105.126	
01/01/2007	30/12/2007	5.69%	961.806	324	1.181.163	118.116	
01/01/2008	30/12/2008	7.67%	1.013.132	360	1.155.163	115.556	
01/01/2009	30/12/2009	2.00%	1.171.300	360	1.155.563	130.977	
01/01/2010	30/12/2010	3.17%	1.224.009	360	1.309.772	132.666	
01/01/2011	30/12/2011	3.73%	1.262.811	360	1.326.657	131.950	
01/01/2012	30/12/2012	2.44%	1.325.952	360	1.319.496	135.247	
01/01/2013	05/06/2013	2.00%	1.371.565	360	1.352.471	141.683	
01/01/2014	08/06/2014	2.30%	1.411.890	158	1.416.827	61.966	
TOTAL DIAS						2.871	SBL :
PERIODO COTIZADO ULTIMOS 10 AÑOS 23/01/204 AL 23/04/2011						Tiempo continuo 2.498	
PCL:% equivalente al 65% según UT B art 40 Ley 100						Valor mesada 65%: % \$ 744.061	

Sin embargo, a la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, no le tuvieron en cuenta los periodos en que laboró como docente oficial en provisionalidad en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena el 04 de febrero de 2004<sup>32</sup> y posteriormente, en propiedad el 20 de enero de 2006<sup>33</sup>; y los trabajados como docente en la misma entidad mediante orden de prestación de servicios (OPS), desde el 28 de febrero de 2001 al 30 de diciembre de 2003<sup>34</sup>.

En relación a las órdenes de prestación de servicio señaladas en el párrafo anterior, la Sala no reconocerá esos tiempos en su totalidad puesto que para esa misma fecha realizó aportes como empleado del colegio Almirante Colón según se desprende de los reportes de semanas cotizadas (Folio 31-36); por lo que solo reconocerá el mes correspondiente a diciembre de 2003 que no fue objeto de aportes en el sector privado. Igualmente, solo reconocerá del periodo comprendido entre el 04/02/2004 al 13/01/2006 los meses de febrero y marzo del 2004 que no le fueron hechos aportes por el colegio Almirante Colón.

Entonces, sumando todos los tiempos cotizados a Colpensiones más los cotizados a Cajanal o UGPP suman un total de 6,187 días, es decir, desde el 04/12/1980 hasta el 31/10/2006, aclaramos son períodos interrumpidos, como se puede ver en la gráfica arriba plasmada, lo que equivale a 16.95 años, a los cuales se le suman tres meses (Dic/03, Feb/04 y Mar/04), para un total de 17 años, 2 meses y 12 días. Ahora, procedemos a sumarle el tiempo cotizado al FOMAG, que hace falta para completar los 20 años, que serían 2 años, 9 meses y 18 días, el cual, al agregársele al tiempo anterior, nos arroja que los 20 años de servicio se cumplen el 19 de agosto de 2009; pero, los 55 años de

<sup>32</sup> Archivo 01, doc. 01 fols. 37 – 38 Exp. Digital

<sup>33</sup> Archivo 01, doc. 01 fols. 39 – 40 Exp. Digital

<sup>34</sup> Archivo 01, doc. 01 fol. 30 Exp Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

edad los cumplió el 26 de junio de 2009, por lo que adquirió el status de pensionada, conforme a la Ley 71 de 1988, el **19 de agosto de 2009**.

Procede la Sala a determinar cuál es el IBL de la pensión por aportes, y conforme a lo expuesto por la jurisprudencia<sup>35</sup>, corresponde al año inmediatamente anterior a la adquisición del status jurídico pensional, como lo solicitó la demandante. Es decir, lo percibido entre el 19/08/2008 y el 19/08/2009.

En cuanto al salario base para la liquidación de la pensión por aportes, se ha de aplicar lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994<sup>36</sup>, el cual será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; y respecto al monto, de conformidad con el artículo 8 ibídem, el monto será equivalente al 75% del salario base de liquidación. En relación a cuáles son los factores a tener en cuenta, la jurisprudencia<sup>37</sup> ha determinado que son aquellos sobre los cuales se haya efectuado los descuentos respectivos y que se encuentre en el listado en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 1° de la Ley 33 del mismo año. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 10 del mismo Decreto, el Fomag es la entidad que le corresponde reconocer y pagar la aludida pensión, por ser la última entidad de previsión a quien la actora efectuó los aportes en un lapso mayor a 6 años.

En conclusión, determina la Sala que la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, al haber acumulado aportes en el sector público y privado desde antes de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir los requisitos allí establecidos, así como del Acto Legislativo 01 de 2005 y la Ley 71 de 1988, tiene derecho al régimen pensional anterior, correspondiente a una **pensión de jubilación por aportes conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988**.

#### **5.4.2. Prescripción de las mesadas pensionales.**

Ahora bien, con relación al momento a partir del cual se reconocerá y ordenará el pago de la asignación mensual de retiro, en razón al derecho de la demandante, esta Sala manifiesta que la actora se desempeñó como docente hasta el 05/07/2016<sup>38</sup>, por lo que no se ordenará pagar mesadas entre el 20/08/2009 y la fecha mencionada, debido a que, la demandante se desempeñaba como docente activa, razón por la cual en aplicación del artículo 128 constitucional, no puede percibir salarios y mesada pensional al mismo tiempo.

<sup>35</sup> Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A del 02 de junio de 2022. Radicado: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)

<sup>36</sup> Por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

<sup>37</sup> Sentencia de la Sección Segunda - Subsección A del veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) - radicado: 25000-23-42-000-2016- 01145-01 (2045-2018).

<sup>38</sup> Ver Resolución 0905 del 1 de julio de 2016 - Folio 41, Archivo 01, Demanda

13001-33-33-001-2018-00123-01

Para determinar el restablecimiento del derecho, debe estudiar la Sala si el retroactivo a que pudiera tener derecho la demandante ha operado sobre el mismo la prescripción. Así las cosas, el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y la interrupción se presenta en un lapso igual contado desde presentación de la reclamación administrativa. Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del mismo, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo.<sup>39</sup>

Bajo ese entendido, que la actora presentó solicitud de corrección del régimen pensional aplicable, radicada con el No. 2017PQR15661, el 18 de octubre de 2017; siendo respondida mediante el Oficio No. 2018EE1057 del 09 de marzo de 2018, proferido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, habiendo instaurado la demanda ante esta jurisdicción el 21 de mayo de 2018<sup>40</sup>, dentro de los tres años siguientes a la presentación de la solicitud, quedando cobijadas con la interrupción de la prescripción todas las mesadas; por lo que no operó la prescripción y se deberá cancelar el reajuste de la mesada pensional desde el 06/07/2016 hasta el momento en que se realice el pago, previo a ello deberá reajustarse la mesada conforme a este fallo.

El pago anterior se realizará conforme al artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la fórmula:  $R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$

En donde el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha a partir de la cual se ordena la reliquidación de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, haciendo la claridad que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada diferencia de la mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En conclusión, se **REVOCARÁ** la sentencia adoptada en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** la **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 0842 del 25 de febrero de 2016, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación conforme al régimen de prima media de la Ley 100 de 1993, y **NULIDAD** del Oficio No. 2018EE1057 del 09 de marzo de 2018, por medio del cual se negó la

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sentencia 00718 del 02 de febrero de 2017. Radicación No.150012333000201300718 01 (1218-2015). M. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>40</sup> Según consta en sello aplicado a la demanda: Archivo 01, doc. 01 fol. 1 Exp. Digital

13001-33-33-001-2018-00123-01

corrección del régimen pensional aplicable por el de una pensión de jubilación por aportes. En consecuencia, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer a la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, una pensión de jubilación por aportes conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, la cual se efectuará a partir de la fecha del retiro efectivo del servicio por parte de la actora.

#### **5.5. De la condena en costas.**

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala: *“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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*. A su turno, el artículo 365 del CGP consagra que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En atención a las normas antes referidas, esta Sala NO condenará en costas en segunda instancia, como quiera que el motivo de la apelación no estuvo carente de fundamentos legales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI. FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas y en su lugar, **DECLARAR** la **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 0842 del 25 de febrero de 2016 y la **NULIDAD** del Oficio No. 2018EE1057 del 09 de marzo de 2018, por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer a la señora Cecilia Aynelsa Vega Montes, una pensión de jubilación por aportes, a partir de la fecha del retiro efectivo del servicio por parte de la actora, es decir, el 06 de julio de 2016, sin aplicar prescripción, de conformidad con los considerandos de este proveído.

**TERCERO:** El pago anterior se hará aplicando la fórmula establecida en la parte motiva de este proveído, conforme al artículo 187 del CPACA

13001-33-33-001-2018-00123-01

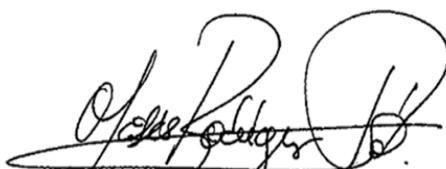
**CUARTO: ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**QUINTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

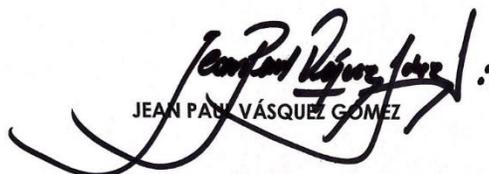
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.011 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**  
En uso de permiso<sup>41</sup>

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

<sup>41</sup> Concedido mediante Resolución No. 072 del 25 de mayo de 2023.