El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 3 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-002-2016-00317-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Gildardo de Jesús Morales Torres

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Temas: COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES OTORGADAS POR EL MAGISTERIO CON LAS DERIVADAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA O EN EL DE AHORRO INDIVIDUAL/ LEYES 100 DE 1993, 812 DE 2003 Y 91 DE 1989/ PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO/ RÉGIMEN DE TRANSICIÓN -REQUISITOS ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 Y EL ACUERDO 049 DE 1990-/ MODIFICA PARCIAL.

Por otra parte, se avala la disquisición por la cual la Jueza de instancia concluyó que el demandante conservó el régimen de transición del que fue beneficiaria por edad, pues a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 superaba ampliamente las 750 semanas cotizadas. De esta manera, era posible efectuar el estudio de la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, norma respecto de la cual el promotor del litigio cumplía la totalidad de las exigencias, ya que cumplió los 60 años de edad el 14 de mayo de 2013 y contaba, tanto con las 500 semanas en los 20 años anteriores a esa calenda, como con 1000 semanas cotizadas antes del 31 de diciembre de 2014.

Respecto a la fecha de reconocimiento, se dirá que si bien la última cotización constituye el hito a partir del cual se entiende desafiliado del sistema, y que por ende la prestación se concede a partir del día siguiente a ese momento, en el presente caso no puede perderse de vista que el actor solicitó la pensión el 4 de diciembre de 2014, cuando contaba con la totalidad de los requisitos para pensionarse, pero continuó cotizando por las reiteradas negativas de la administradora de pensiones, quien lo indujo al error de continuar vinculado al sistema de pensiones; no obstante, como quiera que ese punto no fue objeto de alzada, la Sala no ahondará al respecto y mantendrá incólume la determinación de primer grado, que concedió la gracia pensional desde el 1º de febrero de 2016.

 (…)

En este orden de ideas, a efectos de la celeridad en el cumplimiento de la presente determinación, la Sala procedió a calcular el retroactivo adeudado al actor entre el 1º de febrero de 2016 y el 31 de julio de 2018, mismo que asciende a $81.867.841, tal como se observa en la liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y los descuentos de ley.

(…)

Como consecuencia de lo hasta aquí discurrido, se modificarán los ordinales cuarto y quinto de la sentencia de primer grado. La condena en costas en primera instancia se mantendrá incólume; en esta sede no habrá condena por ese concepto al haber prosperado el recurso

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:15 a.m. de hoy, viernes 3 de agosto de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Gildardo de Jesús Morales Torres** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 30 de octubre de 2017, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad. Así mismo, se revisará la decisión de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al haber sido desfavorable a los intereses de Colpensiones.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia le corresponde a la Sala determinar: i) Si es posible conceder al demandante la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, en calidad de beneficiario del régimen de transición, a pesar de que actualmente devenga una pensión de jubilación reconocida por el Municipio de Pereira, como docente nacionalizado y, en caso afirmativo, ii) a partir de cuándo se debe condenar a la demandada a cancelar los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se condene a Colpensiones, previa declaración del derecho, al pago de la pensión de vejez enmarcada en el Acuerdo 049 de 1990, más los intereses moratorios y las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que nació el 14 de mayo de 1953 y que mediante Resolución No. 029 del 9 de enero del 2009, efectiva a partir del 15 de mayo de 2008, la Secretaría de Educación de Pereira le reconoció la pensión de jubilación como docente nacionalizado, la cual esta a cargo del Fondos Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Agrega que en virtud de su vínculo contractual con la Cooperativa de Trabajadores de la Educación de Risaralda - Cooeducar fue afiliado al sistema general de pensiones desde septiembre de 1987, contando con un total de 1451.86 semanas cotizadas.

Refiere que el 3 de diciembre del 2014 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada por medio de la Resolución GNR 151051 del 24 de mayo de 2015; acto en contra del cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo confirmado a través de las Resoluciones GNR 255745 del 24 de agosto y VPB 69139 del 4 de noviembre de 2015, quedando agotada de esta manera la reclamación administrativa.

1. **Contestación de la demanda**

Colpensiones aceptó los hechos contenidos en la demanda, aclarando que al mes de enero del año 2016 el demandante cuenta con un total de 1447.29 semanas cotizadas. Respecto de las pretensiones manifestó que se atenía a lo que resultase probado en el proceso, no obstante, propuso las excepciones de mérito que denominó *“Improcedencia del Reconocimiento de Intereses Moratorios”, “Buena fe”* y *“Prescripción”.*

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que existe compatibilidad pensional entre la pensión de jubilación que ostenta el señor Gildardo de Jesús Morales Torres y la pensión de vejez a cargo de Colpensiones; asimismo, determinó que este es beneficiario del régimen de transición y cumple los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colpensiones al pago de dicha prestación a partir del 1º de febrero de 2016 en cuantía de $2.447.267, más el retroactivo pensional por $55.106.336; los interés moratorios a partir del 3 de junio de 2015 hasta la fecha de inclusión en nomina y las costas procesales en un 90%.

Para llegar a tal determinación la A quo manifestó, en síntesis, que de conformidad con el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acogido por este Tribunal, la pensión de jubilación concedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al demandante, como docente, era compatible con la pretendida a través del presente proceso, pues la vinculación al Magisterio operó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, hallándose en el régimen exceptuado del sistema general de pensiones; además, él efectuó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones, en calidad de trabajador particular de la Cooperativa Cooeducar, con quien estuvo vinculado contractualmente desde el 9 de septiembre 1987 hasta el 31 de enero del 2016, acreditando 1451,86 semanas de cotización.

 Una vez aclarado lo anterior, la Jueza de instancia manifestó que el actor fue beneficiario del régimen de transición por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 40 años de edad, además, conservó las prerrogativas transicionales hasta el año 2014 por acreditar 914 semanas al 29 de julio del 2005. En ese orden de ideas, procedió a estudiar el derecho bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, encontrando que el promotor cumplía a cabalidad los mismos al superar los 60 años de edad y la cantidad de semanas exigidas por aquella norma.

En cuanto a la fecha del disfrute, precisó que como la desafiliación del sistema se llevó a cabo el 30 de enero de 2016, el reconocimiento de la pensión de vejez debía realizarse a partir del 1º de febrero de ese mismo año, sin que hubiera operado la prescripción. Seguidamente, calculó el IBL con base en los últimos 10 años de cotización, obteniendo una mesada de $2.447.267.

Finalmente, sobre los intereses moratorios, indicó que como el señor Gildardo presentó la solicitud pensional el 3 de diciembre del 2014 y Colpensiones contaba con 6 meses para hacer efectivo el pago, estos emolumentos correrían desde el 3 de junio del 2015 hasta que se hiciera el pago de la obligación.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

El apoderado judicial de la parte demandada impugnó la decisión solicitando que se verifique la condena de los intereses moratorios, ya que a su parecer la fecha que se indicó para el retroactivo pensional no concuerda con la condena emitida por esos rubros.

Por otra parte, tal como se advirtiera en precedencia, como quiera que la decisión de primer grado fue desfavorable para los intereses de Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de Consulta.

1. **Consideraciones**
	1. **Presupuestos fácticos debidamente probados**

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto de los siguientes hechos:

1º. Que la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira le reconoció al señor Gildardo Morales Torres la pensión de jubilación desde el 15 mayo de 2008 por haber prestado sus servicios como docente nacionalizado entre el 29 de marzo de 1974 y el 14 de mayo de 2008; prestación que está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 115 y s.s.).

2º. Que el demandante también prestó sus servicios como trabajador del sector privado en la Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de la Educación de Risaralda “Coeducar” (fl. 63) y,

3º. Que por los servicios prestados en la aludida cooperativa efectuó aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en el I.S.S. y Colpensiones, cotizando un total de 1453,10 semanas, desde el 9 de septiembre de 1987 hasta el 31 de enero de 2016 (fl. 97 y s.s.), y no las 1447,29 señaladas por Colpensiones en la contestación de la demanda.

* 1. **Compatibilidad de la pensión otorgada por el Magisterio y la derivada del sistema general de seguridad social**

Está suficientemente decantado que la pensión que otorga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con las que se encuentran contempladas en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993, pero única y exclusivamente para los docentes nacionales y/o nacionalizados que se vincularon al sector público con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, quienes siguen sujetos al régimen pensional exceptuado de que trata la Ley 91 de 1989, en virtud de la cual pueden acceder a una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, aquellos docentes del sector público que adicionalmente prestaron sus servicios en el sector privado y efectuaron aportes al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y/o cotizaron al ISS o a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad después de que empezó a regir el Sistema General de Pensiones, tienen derecho a derivar también de este régimen legal la pensión de vejez que allí se contempla.

Así lo señaló esta Corporación en sentencia del 26 de enero del 2017, proferida dentro del proceso radicado con el número 2014-00682, con ponencia del Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares, citada por la Jueza de instancia y en la que lo que respecta al tema se indicó:

“Para resolver la controversia puesta a consideración de la Sala, es menester precisar que el régimen de los docentes, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba entre los denominados exceptuados, pues así lo consagró el inciso segundo del canon 279 de esa obra legal que establece “Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

Este preliminar análisis normativo, permite concluir que los docentes del sector público pueden acceder a las prestaciones económicas, tanto, dentro de ese especial modelo pensional –pensión de jubilación y pensión gracia-, como en el modelo general del Sistema Integral de la Ley 100 de 1993 –pensión de vejez o indemnización sustitutiva-, estableciéndose entonces una regla de compatibilidad.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en especial su artículo 81, el régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado y pasó a ser parte del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, para aquellos docentes que se vincularon al sector público con posterioridad al cambio legislativo -27 de junio de 2003-, según lo dispuso el Parágrafo Transitorio 1º, adicionado por el Art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que le dio vigencia hasta el 31 de julio de 2010.

Ello en la medida en que dichos cuerpos normativos, dejaron indemnes las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sobre la materia, a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, cuya vinculación data con anterioridad al 27 de junio de 2003, de modo que, para aquellos se mantiene el régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, conservándose para los mismos el sistema pensional previsto en la Ley 91 de 1989.

Dada esa posibilidad de prestación coetánea de servicios como docente para el Estado, con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, y para particulares, se abre la senda para que simultáneamente se hagan aportes al ISS, y se logre con base en los mismos, la financiación para la obtención de una pensión de vejez o en su defecto la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrute o esté en vías de obtener, en el sector público, como docente, gracias a que cada una cuenta con recursos propios para su financiación.”

* 1. **Caso Concreto**

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el señor Gildardo Morales Torres: *i)* se vinculó al Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y, *ii)* prestó sus servicios al sector privado y cotizó al régimen de prima media administrado por el I.S.S. y Colpensiones antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en un total de 1453 semanas.

En ese orden de ideas, el demandante tenía derecho a que, además de la pensión de jubilación que le otorgó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por sus servicios en el sector público, le fuera reconocida la pensión de vejez derivada del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, bien fuera en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, en caso de haber efectuado a uno u otro las cotizaciones suficientes como docente del sector privado.

Por otra parte, se avala la disquisición por la cual la Jueza de instancia concluyó que el demandante conservó el régimen de transición del que fue beneficiaria por edad, pues a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 superaba ampliamente las 750 semanas cotizadas. De esta manera, era posible efectuar el estudio de la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, norma respecto de la cual el promotor del litigio cumplía la totalidad de las exigencias, ya que cumplió los 60 años de edad el 14 de mayo de 2013 y contaba, tanto con las 500 semanas en los 20 años anteriores a esa calenda, como con 1000 semanas cotizadas antes del 31 de diciembre de 2014.

Respecto a la fecha de reconocimiento, se dirá que si bien la última cotización constituye el hito a partir del cual se entiende desafiliado del sistema, y que por ende la prestación se concede a partir del día siguiente a ese momento, en el presente caso no puede perderse de vista que el actor solicitó la pensión el 4 de diciembre de 2014, cuando contaba con la totalidad de los requisitos para pensionarse, pero continuó cotizando por las reiteradas negativas de la administradora de pensiones, quien lo indujo al error de continuar vinculado al sistema de pensiones; no obstante, como quiera que ese punto no fue objeto de alzada, la Sala no ahondará al respecto y mantendrá incólume la determinación de primer grado, que concedió la gracia pensional desde el 1º de febrero de 2016.

Así las cosas, la Sala verificó el IBL calculado en primer grado con base en los salarios devengados por el demandante en los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación (fl. 24), por valor de $2.719.186, encontrando que es acertado, mismo que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90% asciende a la suma de $2.447.267 para el año 2016.

En este orden de ideas, a efectos de la celeridad en el cumplimiento de la presente determinación, la Sala procedió a calcular el retroactivo adeudado al actor entre el 1º de febrero de 2016 y el 31 de julio de 2018, mismo que asciende a $81.867.841, tal como se observa en la liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y los descuentos de ley.

Finalmente se dirá que carece de lógica la orden que se emitió en primer grado con relación al pago de los intereses moratorios, pues habiéndose ordenado el pago de la pensión a partir del 1º de febrero de 2016, no tiene sentido que se emita una condena por ese concepto desde junio de 2015, pues no existen montos sobre los cuales causarse. Por lo tanto, en esta instancia se modificará aquella disposición y se ordenará el pago de dichos emolumentos desde el mes de marzo de 2016, cuando se hizo exigible la mesada de febrero.

Como consecuencia de lo hasta aquí discurrido, se modificarán los ordinales cuarto y quinto de la sentencia de primer grado. La condena en costas en primera instancia se mantendrá incólume; en esta sede no habrá condena por ese concepto al haber prosperado el recurso.

 En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **MODIFICAR** los ordinales 4º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso iniciado por **Gildardo Morales Torres** en contra de **Colpensiones-**, en el sentido de que el retroactivo causado entre el 1º de febrero de 2016 y el 31 de julio de 2018 asciende a la suma de $81.867.841, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y los descuentos de ley y, que los intereses moratorios corren a partir del mes de marzo de 2016 hasta el pago efectivo de la obligación.

**SEGUNDO**.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO.- SIN CONDENA** en cosas en esta sede.

 Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

 La Magistrada ponente,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**Retroactivo Gildardo Morales**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **IPC (Var. Año anterior)** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Valor mesada** |  **Mesadas**  |
| 5,75 | 01-feb-16 | 31-dic-16 | 12 |  $ 2.447.267  |  $ 29.367.204  |
| 4,09 | 01-ene-16 | 31-dic-17 | 13 |  $ 2.587.985  |  $ 33.643.803  |
| 0,00 | 01-ene-18 | 31-jul-18 | 7 |  $ 2.693.833  |  $ 18.856.834  |
|   |  |  |  |  |  $ 81.867.841  |

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada