



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia:	Apelación y consulta de sentencia
Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación No:	66001-31-05-003-2018-00446-01
Demandante:	Albeiro Marín Leal
Demandado:	Colpensiones
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar:	Compatibilidad indemnización sustitutiva de pensión de vejez y pensión jubilación – docente nacionalizado

Pereira, Risaralda, doce (12) de octubre de dos mil veintidós (2022)
Acta número 164 de 07-10-2022

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Albeiro Marín Leal** contra **Colpensiones**.

Proceso que fue repartido a esta Colegiatura el 21 de julio de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta a Mariluz Gallego Bedoya identificada con c.c. 52.406.928 y t.p. 227.045 para representar a Colpensiones en los términos y con las facultades otorgadas por Miguel Ángel Ramírez Gaitán representante legal de World Legal Corporation S.A., apoderado general de la administradora pensional.

ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda y su contestación

Albeiro Marín Leal presentó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de ahí que pretendiera la nulidad de los actos administrativos SUB149516 del 06/06/2018 y SUB188788 del 16/07/2018 mediante los cuales se negó la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y, en consecuencia, solicitó que se condenara a Colpensiones al pago de la citada indemnización.

Como fundamento para dichas pretensiones relató que *i)* prestó sus servicios personales a empresas del sector privado; *ii)* Colpensiones negó tal indemnización solicitada; *iii)* decisión contra la cual presentó recurso que también fue resuelto negativamente.

Mediante auto del 13/09/2018 la jurisdicción contenciosa administrativa remitió a la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral el asunto de ahora (fl. 28, archivo 02, exp. digital); por lo que, el 17/09/2018 el juzgado de primer grado aceptó “*la competencia para continuar con su trámite*” de ahí que admitiera la demanda (fl. 34, *ibidem*).

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a las pretensiones para lo cual argumentó que la prestación pretendida es incompatible con la pensión de jubilación que paga la Fiduprevisora S.A., de ahí que no pueda devengar dos prestaciones a cargo del tesoro público.

Presentó como medios de defensa los que denominó “*inexistencia de la obligación*”, “*buena fe*”, “*prescripción*”, entre otras.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que es compatible la pensión de jubilación reconocida al demandante “*por cuenta del FOPEP*” en la resolución del año 2005, reliquidada en el año 2007, con los derechos derivados del “*ISS sector privado*” y en consecuencia declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por \$9'925.900, que deberá pagarse de forma indexada.

Como fundamento para dicha decisión argumentó que ninguna incompatibilidad existía para que el demandante disfrutara de ambas prestaciones, pues no se habían fundamentado en igual número de semanas ni empleadores, máxime que la gracia pensional deviene de las actividades del demandante como docente nacionalizado, de ahí que disfrutaba de un régimen exceptuado que le permitía acceder ahora a las prestaciones derivadas del régimen de prima media con prestación definida.

3. Recursos de apelación

Ambas partes en contienda presentaron recurso de alzada para lo cual, el **demandante** reprochó que el monto concedido debía ser superior, por lo menos igual al valor del “*bono pensional*” que trasladó la AFP Horizonte a Colpensiones que ascendía a más de \$19'000.000, todo ello porque corresponde al valor pagado por Horizonte y porque el demandante nunca solicitó un traslado de régimen pensional, esto es, del RAIS al RPM, de ahí que se trasgredió su derecho de libre escogencia.

Por su parte, **Colpensiones** recriminó que el demandante ya recibe una prestación de vejez que proviene del tesoro público de ahí que no pueda realizarse un doble pago, pues nadie puede recibir más de una asignación pública.

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L.

5. Alegatos de conclusión

Únicamente fueron presentados por Colpensiones que coinciden con los temas que serán abordados en la providencia de ahora.

CONSIDERACIONES

1. De los problemas jurídicos

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

1.1. ¿Es compatible la indemnización sustitutiva de pensión de vejez con la gracia pensional de jubilación derivada de servicios como docente nacionalizado?

1.2. En caso de respuesta positiva ¿el demandante acreditó los requisitos para obtener la indemnización sustitutiva de pensión de vejez?

1.3. ¿A cuánto asciende la indemnización reclamada?

2. Solución a los interrogantes planteados

2.1. De la compatibilidad pensional

2.1.1. Fundamento jurídico

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral desde antaño en sentencias SL451 del 17/07/2011; Sent. Rad. 40848 del 06/12/2011; Sent. Rad. 35374 del 12/08/2009 y más recientemente en decisión SL17421 del 20/09/2017 expuso que no existe incompatibilidad entre la pensión de vejez o la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con la pensión de jubilación obtenida por la prestación de servicios en calidad de docente en establecimientos educativos de orden oficial, dado que se trata de cotizaciones o tiempos de servicios que no sirvieron para el reconocimiento de esta prestación. Así, en palabras de la Corte se reitera que:

1 Dentro de ésta se trajo a colación la sentencia del 06-12-2011, proferida dentro del proceso Rad. 40848. En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

“(…) por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional”.

Además, la citada jurisprudencia precisó que los dineros con que el ISS –hoy Colpensiones- reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, fruto de su trabajo, **de ahí que fracase el recurso de apelación presentado por Colpensiones.**

Así, de la sentencia de nuestra superioridad se pueden derivar las siguientes reglas para efectos de determinar la compatibilidad entre una pensión de vejez o sus derivados con una pensión de jubilación oficial como docente público, así: *i)* que las cotizaciones que originan la pensión de vejez o indemnización sustitutiva hayan sido realizadas al Instituto de Seguros Sociales, como resultado de servicios prestados por el afiliado a instituciones de origen privado, y *ii)* que la pensión de jubilación oficial haya tenido como génesis tiempos de servicio que sean diferentes a las cotizaciones realizadas al I.S.S.

En igual sentido, se ha pronunciado esta Colegiatura en sentencias proferidas el 17-05-2017 y el 07-12-2017, con ponencias de los magistrados Julio César Salazar Muñoz y de quien funge aquí como ponente en 2016-00032 del 06/03/2018.

Ahora bien, es preciso acotar que los docentes públicos con la vigencia de la Ley 100 de 1993, entraron en los denominados regímenes exceptuados al tenor del artículo 279 ibidem; por ello, sus prestaciones son compatibles con las reconocidas en el nuevo régimen de seguridad social, *“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”.*

No obstante, con la vigencia de la Ley 812 del 2003, art. 81, el régimen pensional del magisterio dejó de ser exceptuado para ingresar al Sistema General de Pensiones para todos los docentes que se vincularan al servicio público con posterioridad al cambio legislativo – 27/06/2003-, tal como lo estableció el párrafo transitorio No. 1, adicionado por el artículo 1º del AL 01 de 2005.

En conclusión, *“ha sido una postura invariable para esta Corporación, que aquellos casos en que un docente prestaba servicios coetáneamente al Estado y a particulares, con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, es factible que se hagan aportes a cualquiera de los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, 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, se insiste, cada una cuenta con recursos propios para su financiación” (Sent. Del 10/08/2020, rad. 2017-00560, MP. Ana Lucía Caicedo Calderón).

2.1.2. Fundamento fáctico

Auscultada la documental que obra en el expediente aparece que Albeiro Marín Leal obtuvo el reconocimiento de dos gracias pensionales de jubilación como docente nacionalizado.

Así, mediante la Resolución No. 038589 del 16/11/2005 la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció al demandante una “*pensión gracia*” a partir del 0/03/2004 por haberse desempeñado como “*docente del Departamento de Risaralda*” desde el 21/10/1977 hasta el 24/03/2004 (fl. 99, archivo 02, exp. digital).

Luego, milita la Resolución No. 120 del 10/03/2010 de la Secretaría de Educación Municipal de Pereira que reconoció al demandante una “*pensión vitalicia de jubilación por cuotas partes*” en un 0.8% a cargo del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda-CASERIS y un 99.2% por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a partir del 01/04/2009 como “*docente de vinculación nacionalizado*” por los servicios prestados desde el 21/10/1997 hasta el 30/03/2009 (fl. 93, archivo 02, exp. digital).

A su turno, milita la historia laboral emitida por Colpensiones el 28/09/2018 en la que se advierte un total de 420 semanas cotizadas desde el 22/04/1975 hasta el 30/11/1995 realizadas por los aportantes “*importadora casa sue*”, “*comunidad padres esc*”, “*colegio inmaculado czo*” y “*congregación de reli*” (archivo 04, exp. digital).

Derrotero probatorio del que se desprende que *i*) la pensión de jubilación oficial se obtuvo con tiempos de servicio diferentes a las cotizaciones realizadas al I.S.S., hoy Colpensiones pues provienen del servicio como docente nacionalizado al servicio del Departamento de Risaralda y docente del Municipio de Pereira, diferente a las 4 personas jurídicas que le realizaron aportes al ISS y *ii*) las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales fueron el resultado de servicios prestados por el afiliado a instituciones de origen privado.

En consecuencia, sí era compatible la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que el demandante reclama a Colpensiones, con las gracias pensionales otorgadas producto de sus servicios como docente al servicio del Departamento de Risaralda y el Municipio de Pereira.

2.2. De la liquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez – RPM - y su paralelo con la devolución de saldos – RAIS -

2.2.1. Fundamento normativo

El artículo 32 de la Ley 100 de 1993 establece las características del Régimen de Prima Media con Prestación definida y para ello resalta que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común, con el que se garantizará el pago de las prestaciones de aquellos que alcancen la calidad de pensionados. De ahí que entre sus prestaciones principales se encuentre la pensión de vejez – art. 33 ibidem -, y en caso de no alcanzar sus requisitos, entonces se entregará al afiliado en sustitución una indemnización.

El Decreto 1730 de 2001, reglamenta entre otros, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que regula lo atinente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que corresponde al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en los siguientes términos:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

Y, el artículo 3° del Decreto 1730/01, prevé la fórmula que debe aplicarse para efectos de determinar el valor de la referida indemnización, de la que debe destacarse que el IPC que se toma para actualizar los salarios devengados de los periodos de cotización del SBC, son: el IPC INICIAL de cada mes de cotización (variable) y el IPC FINAL del año inmediatamente anterior a la fecha de la última cotización.

De otro lado ha de tenerse especial atención para hallar el promedio ponderado de los porcentajes, que deviene de la sumatoria del costo histórico (salario base de cotización) y luego dividirlo por la sumatoria de los aportes realizados, teniendo en cuenta la tasa de cotización legal que rija en su momento y el resultado, dividirlo en 100 para arrojar un porcentaje promedio. Igualmente, se debe descontar de las tasas de cotización legal el costo de administración determinado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; esto es, con anterioridad a la ley 797 de 2003, el 3,5% y luego de ella 3%.

Además es preciso advertir que la devolución de saldos corresponde al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y allí se establece que dicho régimen al tenor del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 está basado en el ahorro de las cotizaciones de los afiliados y sus rendimientos financieros, por lo que la pensión de vejez que allí se alcanza dependerá de los aportes capitalizados de ellos mismos.

Así, en caso de no colmar el capital suficiente para obtener una pensión de vejez, entonces se otorgará en sustitución una devolución de saldos – art. 66 de la Ley 100 de 1993 – que corresponde a la devolución del capital que tienen acumulado en su cuenta de ahorro individual, que incluye además sus rendimientos financieros y bono pensional si tuviera derecho a este.

En cuanto al descuento de gastos de administración en la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, es preciso acotar que incluso se advierte en la devolución de saldos contemplada en el Régimen de Ahorro individual – art. 66 de la Ley 100 de 1993 -, pues aun cuando corresponde a una prestación del régimen de pensiones alterno al RPM, ella es equivalente a la indemnización sustitutiva y bajo el principio de igualdad para los afiliados de uno y otro régimen, en tanto que en la devolución de saldos se descuentan los gastos de administración, igual deducción debe ocurrir para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Y es que rememórese que la devolución de saldos contempla únicamente el retorno al afiliado del *i)* capital acumulado en su cuenta; *ii)* rendimientos financieros; y *iii)* el bono pensional, si había lugar a él, de ahí que los restantes sumas como son aquellas cobradas al afiliado durante su permanencia en la entidad para administrar la cuenta – gastos de administración-, así como las primas para pagar los seguros previsionales y las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima, NO se devuelven; por lo que, los citados gastos tampoco deban devolverse en la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

2.2.2. Fundamento fáctico

Auscultada la historia laboral del demandante se desprende que realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 22/04/1975 hasta el 31/10/1995 con los aportantes “*importadora casa sue*”, “*comunidad padres esc*”, “*coleg inmaculado czo*”, “*congregación de reli*” para un total de 420 semanas de cotización. Semanas a las que aplicados los cálculos aritméticos ordenados en el art. 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001 arroja una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de Albeiro Marín Leal igual a **\$10'972.293**, suma mayor a la concedida en primer grado igual a \$9'925.900, por lo que se modificará la decisión de la *a quo* para aumentar este valor, en tanto que el demandante solicitó en su apelación una cifra mayor a la allí concedida.

Al punto se advierte que revisada la liquidación de primer grado la *a quo* utilizó para los años de 1975, 1976, 1977 y 1988 una tasa de cotización inferior a la que debía pues aplicó indistintamente para dichos hogaños un porcentaje igual a 4.5, cuando debía aplicar un 6.75; 6.75; 9 y 6.5 respectivamente, tal como establece el Decreto 3041 de 1966 – art. 33 -; además, en ningún ciclo se descontó como exige el Decreto 1730 de 2001, los gastos de administración en que incurrió Colpensiones, esto es, entre un 3 y un 3.5%.

De cara a los argumentos del demandante en su apelación en la que reclama una indemnización igual al valor remitido de Horizonte a Colpensiones con ocasión a un traslado de régimen por valor de \$19'375.000 (fl. 24, archivo y 01, exp. digital), es preciso acotar que tal como se anunció en los fundamentos normativos de esta decisión, los regímenes pensionales que conforman el sistema de seguridad social en Colombia difieren notablemente en la prestación sustitutiva de la pensión de vejez, pues la indemnización sustitutiva del RPM, régimen al que se encuentra afiliado el demandante, es el resultado de una fórmula dispuesta por la normatividad que garantiza el fondo común al que se realizan las cotizaciones de todos los

afiliados, mientras que en el RAIS la devolución de saldos corresponde precisamente al capital que el afiliado haya allí acumulado, de manera tal que de ninguna forma podía pretender obtener a título de indemnización sustitutiva de pensión de vejez un valor igual al capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual que tenía en el RAIS y que fue transferido al fondo común del RPM; por lo que, fracasa en este punto la apelación.

Finalmente, en relación a la inconformidad de que Albeiro Marín Leal en momento alguno solicitó su traslado del RAIS al RPM, y con ello se violó su derecho a la libre elección es preciso acotar que corresponde a argumentos novedosos presentados en la apelación y no alegados en primer grado, pues en aparte alguno del libelo genitor se pretendió ineficacia alguna del movimiento ocurrido entre Horizonte, AFP a la que estaba afiliado el demandante (fl. 24, ibidem) y Colpensiones, así como tampoco fue fijado el litigio con tal finalidad o alegado en aparte alguno, de ahí que esta Colegiatura carece de competencia para revisar tal reproche, pues actuar en contrario sería trasgredir los derechos de defensa de la pasiva en esta instancia, máxime que tampoco se vinculó como demandado a la citada AFP, a quien acusa de trasgredir sus derechos.

Por último, en cuanto al fenómeno prescriptivo es preciso advertir que el mismo no acaeció, en tanto que a partir de la decisión dictada por esta Colegiatura el 03/02/2016, Exp. No. 2014-00268-01, MP. Julio César Salazar Muñoz en acatamiento de la posición jurisprudencial dictada por la Corte Constitucional (T-695ª/2010 y T-477/2015, entre otras), la indemnización sustitutiva de la pensión es imprescriptible en tanto que las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones tienen como ulterior finalidad acceder a una prestación económica de carácter imprescriptible como es la pensión de vejez; en esa medida, resultaría contradictorio establecer que los mismos ahorros que causan una prestación de orden perenne se conviertan en prescriptibles para aquellos que no alcanzaron a acumular la densidad de septenarios exigidos en la ley para acceder a la pensión, y por ende, someterlos a un grado mayor de indefensión.

CONCLUSIÓN

Conforme con lo expuesto, se modificará la decisión apelada y consultada. Costas únicamente a cargo de Colpensiones ante la resolución desfavorable de su recurso de apelación tal como establece el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Albeiro Marín Leal** contra **Colpensiones**, en el sentido de establecer que el valor de la indemnización sustitutiva es igual a **\$10'972.293**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a favor del demandante, por lo expuesto.

Notificación surtida en estados,

Quienes integran la Sala,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

Ausencia justificada

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 4 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 2 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9ad271cd036cd9fc95102cdf2e218ebb4df211df929a8db15fb9a224fa395a**

Documento generado en 12/10/2022 08:49:03 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>