

PENSIÓN DE VEJEZ - FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA: El juez de primera o única instancia no se encuentra atado a los argumentos vertidos por las partes sino al objeto mismo del litigio.

PENSIÓN DE VEJEZ – FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA: Procedencia de su reconocimiento, no obstante, se solicitó la indemnización sustitutiva.

PENSIÓN DE VEJEZ – REQUISITOS: Conforme el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990.

(...) el juez ordinario laboral, tanto de primera como de única instancia, está facultado para emitir fallos extra y ultra petita cuando de la situación fáctica de la demanda se evidencie la consolidación de un derecho de rango superior, aun cuando éste no se haya solicitado de manera expresa, conforme lo dispone el artículo 50 del C.P.L. y S.S. (...)

(...) en el escrito de demanda nunca se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, puesto que desde el escrito inaugural se invocó el derecho a la indemnización sustitutiva y por ello, se podría concluir, anticipadamente, que la entidad demandada encaminó su defensa a controvertir tales pedimentos; empero, fue la propia administradora pensional quien condujo a error al promotor de la Litis. En efecto, dada la naturaleza de uno y otro derecho, relacionados con la edad y el número de semanas cotizadas, la decisión favorable a los intereses del demandante no rompe el principio de congruencia ni menos aún se sorprende a la administradora pensional con una decisión ajena a su propia naturaleza, más aún cuando fue ella la que debió encaminar o asesorar al ahora demandante, para que su reclamación se dirija al derecho principal y perpetuo, más no uno subsidiario y efímero. (...)

(...) en el caso bajo estudio no hay duda que la densidad de cotizaciones y la edad fueron estudiados por el juez cognoscente para concluir que este último requisito y las 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores a su cumplimiento, se encuentran satisfechas y, por ende, dable es reconocer la pensión de vejez en aplicación de la facultad extra y ultra petita. (...)

PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEGAL Y PENSIÓN DE VEJEZ – COMPATIBILIDAD: Procede siempre que los tiempos que respaldan cada uno de los derechos pensionales provengan de diferente fuente de financiación.

(...) La pensión de vejez es compatible con la pensión legal reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y bajo tales premisas, es beneficiario del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993 y reúne los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez bajo las égidas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año siempre que los tiempos que respalden cada uno de los derechos pensionales no sean coincidentes o su financiación provenga de diferente fuente, como es el caso que ahora ocupa la atención de la Sala. (...)

(...) el demandante se hizo acreedor y devenga una pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...) por sus servicios prestados como docente del sector público por el periodo comprendido entre 1º de septiembre de 1975 al 27 de abril de 2006; no obstante, entre el 1º de septiembre de 1973 y el 31 de enero de 2013, en forma interrumpida, cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES y antes el extinto ISS.

Es decir, si bien los tiempos resultan coincidentes no así su fuente de financiación, pues mientras en el primero se trata de un régimen pensional especial, financiado directamente por la Nación, el segundo, en cambio, se capitaliza con los aportes realizados por el afiliado en condición de cotizante independiente o por su empleador y para el caso bajo estudio, con aportes del afiliado y sus empleadores. (...)

PENSIÓN DE VEJEZ – Retroactivo.

(...) el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por ser una prestación inherente a la pensión de vejez (...) Así, siendo la pensión de vejez un derecho elevado a rango constitucional, artículo 48 C.P. y, por tanto, de carácter irrenunciable, lógico resulta reconocer las mesadas causadas con anterioridad, que no han sido tocadas por el fenómeno extintivo de derechos y que debieron exigirse desde la primera reclamación administrativa surtida con este fin ante la demandada COLPENSIONES el 28 de marzo de 2017 (...)

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2019-00429-01 (525)

ACTA No. _____

San Juan de Pasto, diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **LIBARDO ALFREDO TORRES LASSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor, por esta vía ordinaria laboral, que se declare que tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez y, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES reconocer y devolver su monto total equivalente a \$46.057.216, con los correspondientes intereses moratorios, además de los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita y las costas procesales. Subsidiariamente, solicita la indexación de las condenas decretadas.

Fundó sus pretensiones en que nació el 27 de abril de 1951 y contaba con 68 años a la presentación de la demanda; que el 29 de marzo de 2019, solicitó ante la demandada la devolución de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez bajo el radicado No. 2019-4154587, la cual se resolvió negativamente a través de la Resolución No. SUB-154526 de 24 de junio de 2019, interponiendo recurso de apelación que fue desatado mediante Resolución No. DPE 6833 de 29 de julio de 2019, confirmando la decisión inicial.

Agrega que mediante Resolución No. 683 del 23 de octubre de 2006, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, el FOMAG le reconoció la pensión de jubilación como docente oficial.

Finalmente expone que cumplió la edad para obtener la pensión de vejez; sin embargo, le fue imposible seguir cotizando al sistema por lo que su retiro se dio el 1º de junio de 2012.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma, luego de subsanada, es contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a través de apoderada judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el promotor de la Litis, por cuanto no existe compatibilidad entre la pensión de jubilación de la que es beneficiario el accionante y la indemnización sustitutiva deprecada, pues de acuerdo con la normatividad colombiana no es posible percibir dos asignaciones que provengan del tesoro público, como es el caso, teniendo en cuenta que tanto la pensión de jubilación que ostenta el demandante como los recursos que administra COLPENSIONES son financiados con recursos públicos. Así mismo refiere que, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, no es posible percibir dos prestaciones para cubrir una misma contingencia. Con fundamento en ello propuso varias excepciones de fondo que denominó “prescripción”, “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “buena fe”, “imposibilidad de condena en costas”, entre otras.

Igualmente intervino el Ministerio Público, aduciendo que el demandante, por tener la especial condición de docente en el sector público, podía ejercer su oficio de forma paralela en el sector privado, sin que ello sea óbice para percibir la pensión de jubilación a que tiene derecho, como en efecto se reconoció por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, conjuntamente, la indemnización sustitutiva que se reclama ante COLPENSIONES, puesto que entre estas prestaciones no existe incompatibilidad debido a las condiciones que rigen para cada una de ellas, en razón de su origen, fuente de financiamiento y entidad que tiene a cargo el pago de la prestación. No formula excepciones, pero pide ordenar a COLPENSIONES aportar el expediente administrativo digitalizado del trámite de la indemnización solicitada por el demandante.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 29 octubre de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante LIBARDO ALFREDO TORRES LASSO, con una mesada que para el año 2021 ascendería a \$2.222.266 y en razón de 14 mesadas anuales, habilitando la deducción del porcentaje correspondiente con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. Finalmente, absolvió a la demandada de la pretensión relativa a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los intereses moratorios e indexación frente a dicha prestación, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva con la consecuente imposición de costas.

Para asumir tal decisión el juez cognoscente señaló, de conformidad con el análisis de los medios de prueba, que si bien el actor acredita los requisitos legales para acceder a la anhelada indemnización sustitutiva, esto es, la edad y la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, lo cierto es que el demandante reúne las exigencias para acceder a la pensión de vejez bajo el beneficio del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, por tanto, en tratándose de un derecho mínimo e irrenunciable aplicó las facultades ultra y extra petita de las que está facultado el juez laboral y así lo declaró.

Agrega que la pensión de vejez en el RPM, no resulta incompatible con la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante por parte de la Secretaría de Educación Municipal de Pasto - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 683 de 23 de octubre de 2006, pues las dos prestaciones enunciadas cubren diferentes contingencias, tienen distinta naturaleza, sustento legal, fuente de financiación independiente y su reconocimiento está a cargo de diferentes entidades, por ende, se estructuran las condiciones señaladas en la jurisprudencia nacional para que tales prerrogativas pensionales sean reconocidas.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión adoptada, quien representa los intereses judiciales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, interpuso oportunamente recurso de apelación en procura de que se revoque el fallo de primer orden y se absuelva a su representada de las condenas impuestas, puesto que atendiendo a la condena relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, al igual que la indemnización sustitutiva pretendida, resultan incompatibles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la C.P., el Decreto 1848 de 1969 y el artículo 19 de la Ley 4ª. de 1992, en razón a que las dos prestaciones que tendría reconocidas el actor provienen de iguales fuentes de financiamiento relacionadas con recursos públicos, lo que afecta las arcas del presupuesto de la Nación. Refiere, además, que no pueden concurrir dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, pues afecta los principios de universalidad, solidaridad y unidad del sistema pensional.

Indica que, de conformidad con el precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si ambas prestaciones se causan en vigencia de la Ley 100 de 1993 resultan incompatibles, situación que ha sido decantada por dicha Corporación en sentencias SL-5068 de 2019, SL-5828 de 2018 y SL-3725 de 2021; es decir, la excepción se aplicaría siempre y cuando el tiempo de servicio o los requisitos para el cumplimiento de la pensión se verifiquen antes del cumplimiento de la referida normativa y la prestación sea reconocida por una Caja de Previsión existente para ese entonces.

Por otro lado, frente a la pensión de vejez reconocida a favor del actor, sostiene que no es acorde con el principio de contradicción y defensa de su representada en tanto no fue objeto previo de estudio, en sede administrativa, lo que imposibilitó determinar si dicha prestación resultaba procedente a favor del demandante.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante, por su parte, expone respecto de la vigencia de la pensión que, esta debe reconocerse 3 años atrás a partir de la solicitud presentada por el demandante el 29 de marzo de 2019, a fin de que sea un reconocimiento justo y preste tutela jurisdiccional efectiva.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto de apelación por las partes que integran el contradictorio, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia. Igualmente asumirá el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la administradora pensional, de la cual la Nación es garante, en la forma dispuesta por el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, como lo preceptúa el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se recibieron -vía electrónica-, los alegatos de conclusión de las partes que conforman la Litis y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 25 de mayo de 2022.

La apoderada de la llamada a juicio COLPENSIONES, para insistir en la revocatoria del fallo proferido y la prosperidad de las excepciones propuestas, considerando que de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia vigente, no es posible percibir dos asignaciones que provengan del tesoro público, en tanto que la pensión de jubilación que ostenta el accionante, reconocida por el Municipio de Pasto-Secretaría de Educación Municipal en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la que pretende de COLPENSIONES, fueron causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993; es decir, pertenecen al RPM conforme al artículo 52 ibidem y son financiadas con recursos que tienen naturaleza pública. Adicionalmente las dos prestaciones se sustentan en el régimen de transición; es decir, su reconocimiento contraviene la norma.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante indica que, en el desarrollo del proceso, tanto los hechos como las pruebas fueron discutidas y aceptadas por la parte demandada y el Ministerio Público, por lo que el juez de primera instancia está facultado para fallar extra y ultra petita. Agrega que el juez cognoscente viola el principio de prescriptibilidad de las mesadas, el reconocimiento de los intereses y los ajustes a que tiene derecho el demandante,

pues de conformidad con los mandatos legales, en el presente caso la interrupción de la prescripción se hizo el 29 de marzo de 2019, con la radicación de la reclamación ante COLPENSIONES, en consecuencia, se debe reconocer desde ese mismo día y mes de 2016.

Por último, interviene el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión para exponer que, si bien en el libelo genitor se solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el juez de instancia, en ejercicio de las facultades ultra y extra petita, concedió la pensión de vejez sin que ello implique violación al principio de congruencia, ni del derecho de defensa y contradicción contra COLPENSIONES. Adicionalmente, expone que el demandante cumple con los presupuestos para acceder a la pensión de vejez y su reconocimiento a partir del 1º de junio de 2012, pues el retiro del sistema se produjo en mayo de 2012.

Respecto de la prescripción, señala que su interrupción debe contarse desde la presentación de la demanda, esto es, el 27 de septiembre de 2019, pues ésta es la fuente que da origen a la condena de conformidad con los supuestos fácticos y probatorios en ella dispuestos. Conforme a lo anterior, solicita que la decisión de primera instancia sea confirmada; no obstante, se adicione el retroactivo pensional del demandante con la autorización de los descuentos al subsistema de salud.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la aplicación de las facultades extra y ultra petita consagradas en el artículo 50 del C. P. del T. y de la S. S., en virtud de la cual condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor cuando lo pedido en el escrito introductor estaba dirigido al reconocimiento de la indemnización sustitutiva?, ii) La pensión de vejez reclamada por el promotor del litigio es compatible con la pensión legal reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y bajo tales premisas, es beneficiario del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993 y reúne los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez bajo las égidas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año? En caso afirmativo, (iii) ¿Es procedente condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y

pago de las mesadas pensionales retroactivas a favor del promotor de la presente Litis y desde qué momento?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA y DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ

Inconforme con la decisión adoptada por el operador judicial de primer grado, la apoderada judicial de la entidad demandada argumenta que la pensión de vejez reconocida en ejercicio de la facultad extra petita, no se alinea con el principio de contradicción y defensa de la administradora pensional demandada, pues ello no fue objeto de reclamación administrativa ni solicitado en el escrito inaugural. En este orden, corresponde a la Sala determinar si el fallador de instancia se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al reconocer un derecho pensional que el demandante no pretendía.

Para ello, es necesario advertir al alzado por pasiva que, contrario a lo alegado en el recurso de alzada y en los alegatos de conclusión, la entidad traída a juicio tuvo la oportunidad de estudiar la pensión de vejez reconocida por el operador judicial a favor del demandante en dos oportunidades. La primera, con escrito elevado ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- el 28 de marzo de 2017, siendo atendida de manera desfavorable a sus intereses con Resolución SUB 67324 del 17 de mayo y una segunda solicitud del 15 de junio del mismo año resuelta con resolución SUB 103985 del 21 de junio, SUB 166260 del 18 de agosto, con el cual se resuelve recurso de reposición y DIR 14709 del 4 de septiembre de la misma anualidad, que dirime recurso de apelación, por lo que, de manera alguna, se afectó su derecho de contradicción y defensa en vía administrativa.

Por el contrario, lo que desde ya avizora el Juez Plural es una deficiente e inadecuada administración del derecho pensional del afiliado, al omitir el estudio de la petición desde el año 2017, desde los diferentes matices que la ley propone para aquellos casos en los cuales se detenta un régimen de transición y sobre él se estructura un derecho pensional, como es el caso que ahora ocupa la atención del Colegiado.

Ahora, el juez ordinario laboral, tanto de primera como de única instancia, está facultado para emitir fallos extra y ultra petita cuando de la situación fáctica de la demanda se evidencie la consolidación de un derecho de rango superior, aun cuando éste no se haya solicitado de manera expresa, conforme lo dispone el artículo 50 del C.P.L. y S.S. Ello en armonía, por supuesto, con el principio de congruencia regulado en el artículo 281 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa, el cual tiene que ver según la sentencia CSJ SL818-2022, con que: “(...) el juez debe adecuar la sentencia a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes”.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL2808-2018, estableció:

“Principio de congruencia

(...) la sentencia debe estar acorde con las pretensiones de la demandada y con las excepciones que se plantean; empero, ello no obsta para que el juez, eventualmente, pueda interpretar la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse «a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento.

Por consiguiente, para que el operador judicial de única o primera instancia conceda más de lo pedido en la demanda, se requiere: i) que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso, y ii) que estén debidamente acreditados.

Agregando, entre otros aspectos, que tal como ha dispuesto reiteradamente nuestro Máximo órgano de Cierre Jurisdiccional, en torno a la aplicación del principio *iura novit curia* (dadme los hechos y yo te daré el derecho), los juzgadores están compelidos a dirimir las controversias relacionadas con la seguridad social conforme a los hechos acreditados en el proceso, así ello implique desestimar lo dispuesto en el escrito inaugural, pues no se está atado a los argumentos vertidos por las partes sino al objeto mismo del litigio, así:

“Lo anterior, guarda relación con lo que también se ha sostenido por esta Sala, en cuanto a que los juzgadores de instancia, en aras de buscar una verdadera justicia material, «no se encuentran atados a los argumentos esbozados por las partes sino al tema o materia objeto del litigio» (CSJ SL15718-2015), ello por cuanto, a fin de desatar la controversia puesta bajo su conocimiento y competencia conforme a la demanda, su contestación y apelación, les corresponde realizar un análisis investigativo con el fin de determinar la normatividad llamada aplicar y que conforme a su conocimiento, consideren son las que gobiernan para dar solución al debate jurídico, lo cual tiene como soporte el principio iura novit curia, lo que de igual se funda en el aforismo latino «mihi factum, dabo tibi ius» que traduce, dadme los hechos, yo te daré el derecho, lo cual es aplicable en la actividad judicial”¹.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala encuentra que, en efecto, en el escrito de demanda nunca se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, puesto que desde el escrito inaugural se invocó el derecho a la indemnización sustitutiva y por ello, se podría concluir, anticipadamente, que la entidad demandada encaminó su defensa a controvertir tales pedimentos; empero, fue la propia administradora pensional quien condujo a error al promotor de la Litis. En efecto, dada la naturaleza de uno y otro derecho, relacionados con la edad y el número de semanas cotizadas, la decisión favorable a los intereses del demandante no rompe el principio de congruencia ni menos aún se sorprende a la administradora pensional con una decisión ajena a su propia naturaleza, más aún cuando fue ella la que debió encaminar o asesorar al ahora demandante, para que su reclamación se dirija al derecho principal y perpetuo, más no uno subsidiario y efímero.

Nótese que, para otorgar la pensión de vejez al beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, específicamente bajo las preceptivas del Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 049 de la misma anualidad, debe acreditar dos requisitos: a) que el afiliado tenga 60 o más años, si es varón o 55 o más años, si es mujer; y b) que haya cotizado un total de 1.000 semanas durante toda su vida laboral o, 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL3014-2019. Rad. 70826. MP. Dr. GERMAN BOTERO ZULUAGA

Por otra parte, para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se requiere que: a) El afiliado haya cumplido la edad requerida para la pensión de vejez, b) No haya cotizado el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez, y c) Declare la imposibilidad de seguir cotizando.

Advertido lo anterior, se tiene que en el caso bajo estudio no hay duda que la densidad de cotizaciones y la edad fueron estudiados por el juez cognoscente para concluir que este último requisito y las 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores a su cumplimiento, se encuentran satisfechas y, por ende, dable es reconocer la pensión de vejez en aplicación de la facultad extra y ultra petita.

Por consiguiente, la decisión adoptada por el operador judicial en este sentido no merece reproche alguno y por lo mismo será confirmada.

2.2.2. COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Predicó el juez primigenio en la sentencia que puso fin a la actuación de primera instancia, que en atención a que el demandante era titular de una pensión de jubilación legal en calidad de docente oficial, podía ser beneficiario, además y de manera plena, a la pensión de vejez en el RPM, condenando a COLPENSIONES a su reconocimiento y pago.

Y ello es acertado, en criterio reiterado de esta Sala de Decisión, siempre que los tiempos que respalden cada uno de los derechos pensionales no sean coincidentes o su financiación provenga de diferente fuente, como es el caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

En efecto, revisado el plenario se advierte que el demandante se hizo acreedor y devenga una pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocida mediante Resolución No. 683 de 23 de octubre de 2006, por sus servicios prestados como docente del sector público por el periodo comprendido entre 1º de septiembre de 1975 al 27 de abril de 2006 (fls. 345 a 347 exp. administrativo); no obstante, entre el 1º de septiembre de 1973 y el 31 de enero de 2013, en forma interrumpida, cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES y antes el extinto ISS.

Es decir, si bien los tiempos resultan coincidentes no así su fuente de financiación, pues mientras en el primero se trata de un régimen pensional especial, financiado directamente por la Nación, el segundo, en cambio, se capitaliza con los aportes realizados por el afiliado en condición de cotizante independiente o por su empleador y para el caso bajo estudio, con aportes del afiliado y sus empleadores.

Tal conclusión, que como antes se dijo, es postura reiterada de esta Sala de Decisión Laboral y se cimienta en el inciso 2º. del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, según el cual, las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a *"los afiliados al 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"*.

Pero, además, en el precedente trazado ya de vieja data por la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL-451-2013 con radicación No. 41001 y ponencia del Mag. Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, recogiendo los señalamientos que al respecto ha decantado Nuestro Máximo Órgano de Cierre, así:

"En efecto, 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".²

En la misma providencia dijo la Alta Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida o ahorro individual, según sea el caso.

² En idéntica dirección puede verse la sentencia No. SL-1127-2022 con radicación No. 86972, del 09 de marzo de 2022, con ponencia del Mag. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Y tal conclusión implica reiterar, para efectos de controvertir la postura elevada por la alzada por pasiva, que los dineros con los cuales se financia la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES no provienen del tesoro público, como si ocurre con la pensión de jubilación legal reconocida por el Ministerio de Educación Nacional. Para el efecto la Alta Corporación, en la referida sentencia razonó:

"(...) el debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores (...)". Y para llegar argumentar tal postura, el máximo órgano de cierre se apoya en la sentencia No. 24062 de 14 de febrero de 2005, en el cual se adocrinó:

"- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política".

"- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador".

"En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública".

Por consiguiente, las pensiones de jubilación y la de vejez en el sub examine, son compatibles, más aún si se tiene en cuenta que sus fuentes de financiación son

disímiles, en tanto la primera se cubre con recursos propios de la entidad pública que la reconoce y la segunda, con las cotizaciones del afiliado y de su empleador giradas a los recursos del Sistema de Seguridad Social de Pensiones para el régimen de prima media, que constituyen un fondo común de reparto de naturaleza pública, en donde la Nación es garante.

De ahí que tales prestaciones no se excluyen entre sí por lo que la decisión que en este sentido se emitió en primera instancia será confirmada.

2.2.3. CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ

A fin de desatar los anteriores planteamientos, se precisa, primigeniamente, que la Ley 100 de 1993, que regula el Sistema General de la Seguridad Social, en el artículo 36, prevé un régimen de transición aplicable a aquellas personas que a 1º de abril de 1994, fecha de su entrada en vigencia en materia pensional, reunían bien sea quince o más años de servicios cotizados o cumplieran 40 o más años de edad en el caso de los hombres o 35 años o más en el caso de las mujeres, que les permite conservar las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y porcentaje de pensión, establecidos en las normas que a esa fecha les resultaban aplicables.

Tales beneficios para este grupo poblacional, por disposición del Acto Legislativo No. 001 de 2005, sólo podían hacerse efectivos hasta el 31 de julio de 2010, “excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas 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”.

Adicionalmente en esta materia, la normatividad aplicable para su reconocimiento es la vigente al momento de cumplir con los requisitos (edad y mínimo de semanas de cotización) -salvo favorabilidad de una norma posterior o la condición de beneficiario del régimen de transición –por cambios legislativos-, condición que permite resolver sobre el asunto pensional dando aplicación a normas anteriores.

Establecido lo anterior y descendiendo al caso materia de análisis, se tiene que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 –1º de abril de 1994- el demandante contaba

con 42 años y 11 meses, toda vez que nació el 27 de abril de 1951 y este beneficio del régimen de transición se conservó hasta el año 2014, pues a 29 de julio de 2005, cuando adquirió vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, cotizó 871,71 semanas.

Y ello es así, porque los 60 años los cumplió el 27 de abril de 2011 y 939.29 semanas, cotizadas desde el 1° de septiembre de 1973 hasta el 31 de agosto de 2012, de las cuales 678 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, desde el 27 de abril de 1991 hasta el mismo día y mes del año 2011, conforme se verifica en el cuadro matemático realizado por la Sala con este propósito y que se anexa a la presente decisión.

En este punto, se debe señalar que si bien el juzgador de instancia no tuvo en cuenta el periodo de cotización del 1°. al 31 de agosto de 2012, lo cierto es que esta Sala de Decisión lo hará, tras advertir que se reporta mora por parte del Estado sin gestión de cobro coactivo por parte de COLPENSIONES y, en ese orden, las consecuencias de una indebida administración pensional no pueden asumirla los afiliados, de conformidad con lo delineado reiteradamente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema reiteradamente, entre otras en sentencia con radicación 54036 del 12 de julio de 2017.

Así las cosas, ninguna duda cabe frente a la consolidación del derecho a la pensión de vejez que reclama el convocando a juicio, con base en las previsiones legales del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de septiembre de 2012, pues la última cotización realizada al sistema fue el 31 de agosto de 2012 y con derecho a catorce (14) mesadas al año por haberse causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Por otro lado, el monto mensual de la pensión para el año 2021, una vez realizadas las operaciones pertinentes, es el equivalente a \$2.205.521 y como éste es inferior al obtenido por el fallador de primera instancia \$2.222.266, el mismo será modificado por cuanto la revisión de la decisión en esta instancia también se surte en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.2.4. LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO PENSIONAL Y EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Para desarrollar este problema jurídico, en primer lugar, debe indicarse que, la decisión adoptada por el juez cognoscente fue reprochada por activa en relación con el reconocimiento del retroactivo pensional a partir del 29 de marzo de 2016, pues fue en la misma data, pero de la anualidad 2019, cuando el actor radicó la reclamación de la indemnización sustitutiva ante la demandada COLPENSIONES.

En este sentido, encuentra la Sala que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por ser una prestación inherente a la pensión de vejez y, en todo caso, lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*). Así, siendo la pensión de vejez un derecho elevado a rango constitucional, artículo 48 C.P. y, por tanto, de carácter irrenunciable, lógico resulta reconocer las mesadas causadas con anterioridad, que no han sido tocadas por el fenómeno extintivo de derechos y que, a juicio de este Cuerpo Colegiado debieron exigirse desde la primera reclamación administrativa surtida con este fin ante la demandada COLPENSIONES el 28 de marzo de 2017, obrante a folio 37 del expediente administrativo.

Empero, como antes se advirtió, las facultades extra y ultra petita contenidas en el artículo 50 del C.P.L. y S.S., son exclusivamente de los jueces de única y primera instancia y reservada para los de segundo grado, quienes en sus decisiones deben someterse a los lineamientos que establecen los artículos 66A³ del compendio adjetivo laboral, así como el 281(principio de congruencia)⁴ y 321 (principio de consonancia)⁵ del C.G.P., aplicables al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P. del T y de la S.S., de manera que este Cuerpo Colegiado encuentra limitada su competencia para manifestarse únicamente respecto de los puntos concretos que fueron objeto de alzada, desde el momento solicitado expresamente por el alzadista por activa y replicado en los alegatos de conclusión surtidos en esta instancia.

³ ARTÍCULO 66-4. PRINCIPIO DE CONSONANCIA. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

⁴ ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último (...).

⁵ ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...).

En consecuencia, la Sala de Decisión calculará el monto de este concepto sobre catorce (14) mesadas anuales, por tratarse de una pensión inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y causarse con anterioridad al 31 de julio de 2011, pues los 60 años los cumplió el 27 de abril de 2011 y para esa misma data contaba con más de 500 semanas, como antes se explicó, previo estudio del fenómeno extintivo de la prescripción alegada por activa al contestar la demanda.

Para ello se tiene que la parte demandante agotó la reclamación administrativa el 29 de marzo de 2019 (fl. 20 a 29 de los anexos de la demanda) y con ello interrumpió el fenómeno de la prescripción. La petición a esta solicitud se desató y puso fin a la instancia administrativa con la Resolución No. DPE6833 del 29 de julio de 2019 (fl. 164 exp. administrativo); es decir, que a partir del día siguiente contaba con 3 años para presentar la demanda, esto es, hasta el 28 de julio de 2022 y como tal hecho ocurrió oportunamente el 27 de septiembre de 2019, operó la prescripción parcial frente a los derechos pensionales causados a favor del actor entre el 1º. de septiembre de 2012 y el 28 de marzo de 2016.

Ahora bien, respecto a la indexación, si bien este punto no fue objeto de apelación por la parte activa, esta Sala considera que este es un factor de actualización que tiene como fin el restablecimiento del equilibrio económico entre las partes, en atención a la pérdida del poder adquisitivo. Al respecto, en sentencia CSJ SL359-2021, reiterada en las sentencias CSJ SL1295-2021 y CSJ SL5551-2021, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional explicó:

"(...) Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que 'el pago efectivo es la prestación de lo que se debe', esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o

beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito."

En conclusión, la decisión de primer grado que se revisa en esta instancia en vía de apelación por activa, pasiva y grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, será modificada y adicionada en la parte resolutive, para en su lugar indicar que el demandante es beneficiario del régimen de transición, modificar el monto de la mesada correspondiente al año 2021 e incluir la condena a cargo de la entidad pensional traída a juicio y a favor del promotor de la Litis por concepto del retroactivo pensional indexado, que entre el 29 de marzo de 2016 y el 29 de octubre de 2021 (fecha en que se profiere la decisión de primera instancia), arroja la suma \$ 174.814.026.

Sobre esta suma se autorizará a COLPENSIONES para que descuente los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el porcentaje establecido en la ley.

2.2.5. DEMÁS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR COLPENSIONES

La demandada COLPENSIONES, al contestar el escrito inaugural, igualmente propuso las excepciones de fondo que denominó "cobro de lo no debido", "inexistencia de la obligación", "buena fe", "imposibilidad de condena en costas" y "solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones", sin que alcancen prosperidad porque con ellas se buscaba enervar las pretensiones elevadas por la parte activa de la Litis y ello, como ya se analizó, no ocurrió.

Finalmente, conforme se desata el recurso de apelación formulado por la traída a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y consulta, la cual quedará así:

*“**PRIMERO. - DECLARAR** que el señor LIBARDO ALFREDO TORRES LASSO, es beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello, tiene derecho a la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990.*

*En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar la pensión vitalicia de vejez al señor LIBARDO ALFREDO TORRES LASSO, desde el 1º de septiembre de 2012. La mesada pensional para el año 2021, ascendería a la suma de \$2.205.521 y en razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de los aumentos decretados por el Gobierno Nacional. La entidad demandada se encuentra habilitada para deducir el porcentaje correspondiente con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud a favor del demandante, ante la E.P.S. donde se encuentre afiliado o se llegará a afiliarse, desde su inclusión en nómina”.*

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, a pagar al demandante, a la ejecutoria de la presente decisión, el valor correspondiente a las mesadas causadas desde el 29 de marzo de 2016 hasta el 29 de octubre de 2021, debidamente indexadas, por un valor total de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$174.814.026), del cual COLPENSIONES deberá descontar el valor correspondiente a cotizaciones al sistema de Seguridad Social en Salud y trasladarlo a la EPS que escoja libremente el demandante. Este monto será ajustado al momento en que el demandante sea efectivo incluido en nómina de pensionados a cargo de la demandada COLPENSIONES”.*

*“**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de la pretensión relativa a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y los intereses moratorios frente a*

dicha prestación, dadas las razones expuestas en la motivación de esta sentencia".

"CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 1º de septiembre de 2012 y el 28 de marzo de 2016 y declarar no probadas las restantes".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a **COLPENSIONES** a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv, esto es, \$1'000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

CUARTO: ANEXAR a la presente decisión el cuadro aritmético citado en el parte motiva, que soporta la procedencia del derecho y el valor del retroactivo pensional a favor del demandante.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO