El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia 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 Sala.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia – Grado de consulta – 07 de marzo de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral - Confirma sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00603-01

**Demandante**: José Jaime Mejía Aguirre

**Demandado:** COLFONDOS S.A.

**Juzgado de origen**: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema a tratar: COMPARTIBILIDAD PENSIONAL - DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** “El Decreto 2879 de 1985 y posteriormente, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, establecieron la compartibilidad pensional. Por su parte, al artículo 5º del Decreto 813 de 1994, modificado por el 2º del Decreto 1160 del mismo año, estableció que el empleador continuará haciendo aportes al Instituto de Seguros Sociales -hoy COLPENSIONES-, cuya finalidad es que una vez le sea reconocida la pensión de vejez por esta última entidad, sea de cuenta de empleador únicamente el mayor valor entre esta prestación y la reconocida por el empleador, si hubiere lugar a ello. El ámbito de aplicación de la norma citada si bien hace referencia a los empleadores del sector privado fue expresamente ampliado por el artículo 45 [[1]](#footnote-1)del Decreto 1748 de 1995 a empleadores del sector Público afiliados al ISS. Por su parte, en virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, determinó el inciso 5° del artículo 5º del Decreto 3995 de 2008, que cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.”.

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José Jaime Mejía Aguirre** en contra de **COLFONDOS Pensiones y Cesantías S.A.** y al que fue vinculada la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP,** radicado al N° 66001-31-05-001-2014-00603-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandada y su apoderado:

Vinculada y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor José Jaime Mejía Aguirre solicita que se condene a Colfondos S.A. al reconocimiento y pago de la devolución de saldos depositados en su cuenta de ahorro individual junto con los intereses comerciales causados; los intereses moratorios generados desde el vencimiento del término que tuvo la demandada para resolver su petición o en subsidio la indexación de los valores adeudados; lo ultra y extra petita que resulte probado y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 27/01/1951, por lo que en el año 2013, arribó a los 62 años de edad; (ii) estuvo afiliado al RPM, desde el año 1971 y hasta el 22/11/1994 cuando se trasladó a Colfondos S.A.; (iii) las Empresas Públicas de Pereira le reconoció pensión de jubilación convencional mediante Resolución N° 048 de 1992, acto en el cual el municipio se obligó a deducir el aporte para pensión y cancelarlo al ISS; (iv) el 22/11/1994 se trasladó a Colfondos y los aportes que realizó allí lo fueron en calidad de trabajador del sector privado, los cuales ascendieron a 973 semanas hasta el 30/01/2012; (vi) dentro de ese lapso, las Empresas Públicas de Pereira nunca realizaron aportes para pensión, dado que fueron descontados hasta el año 1994, cuando se trasladó de régimen.

(vii) previo a cumplir los 62 años de edad, le solicitó a Colfondos la devolución de saldos, que para el momento era de $32´187.316, sin que su petición comprendiera el bono pensional de Colpensiones; (viii) el 04/04/2013 Colfondos le resolvió de manera desfavorable su petición, al aducir que las Empresas Públicas de Pereira le había reconocido la pensión de jubilación desde el año 1996, quedando obligado a pagar el mayor valor de la pensión si hubiere lugar a ello, una vez cumplidos los requisitos de la pensión de vejez; (ix) así mismo le informó, después de 18 años de vinculación, que la misma era errónea y que los aportes efectuados al RAIS debían ser trasladados a Colpensiones.

La **Colfondos S.A.,** se opuso a todas las pretensiones yargumentó que en el momento en que el demandante solicitó el traslado del RPM al RAIS no informó que ostentaba la calidad de pensionado de las Empresas Públicas Municipales de Pereira, la que posteriormente se convertiría en compartida con el ISS; situación esta que de conformidad con el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008, no le permitiría trasladarse al RAIS, por lo que debe ser considerado como válidamente vinculado al ISS y las cotizaciones efectuadas en el RAIS como erróneas por lo que deberían ser trasladadas al ISS. Aclaró que el 04/04/2013 el actor no le solicitó la devolución de saldos, sino el reconocimiento de la pensión de vejez. Propuso la excepción previa de “No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios” y como de mérito “Ilegalidad de las pretensiones de la demanda”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o genérica”.

En razón de la excepción previa formulada por la entidad demandada, se ordenó la vinculación de la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. EPS** *–antes Empresas Públicas Municipales de Pereira-,* quien se opuso a que la prosperidad de la devolución de saldos, en cuanto a que ella se integre con las sumas que fueron pagadas por esa entidad entre el 01/01/1995 y el 30/09/1998 al ISS, porque ellos representan los aportes realizados con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación. Presentó las excepciones de “Inexistencia de la obligación y cobro de lo debido” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró probadas las excepciones propuestas por el fondo de pensiones, negó las pretensiones de la demanda, pero ordenó a Colfondos trasladar los aportes realizados por el actor, junto con el bono pensional que obra a su favor a Colpensiones. Condenó en costas al actor a favor de la demandada.

Para arribar a la anterior determinación encontró que como el actor fue pensionado de manera convencional por las Empresas Públicas de Pereira, conforme lo dispone el artículo 18 del Acuerdo 049/90, la pensión tiene la vocación de ser subrogada por la entidad administradora del RPM, evento en el cual la empleadora solo cancelaría el mayor valor si hubiera lugar a él (compartibilidad).

Precisó que aunque la prestación fue reconocida con anterioridad a la Ley 100/93, como el demandante se vinculó nuevamente a la vida laboral y se trasladó al ISS, debe aplicársele el artículo 16 de esa normativa, que en términos generales determina la incompatibilidad entre ambos regímenes –RPM y RAIS- y que fuera desarrollado por el inciso final artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, que regula el caso concreto, aunque el traslado fuere anterior a su expedición porque precisamente, con el se reglamentó el artículo 16 referido, que sí estaba vigente.

Indicó que existían aportes simultáneos entre enero de 1995 y septiembre de 1998, unos en el ISS, efectuados por las Empresas Públicas de Pereira –los cuales se encuentran representados en un bono pensional que fue consignado a Colfondos- y; los otros, en el fondo privado por los empleadores privados con los que se vinculó el actor.

Entonces como la pensión convencional ha de ser compartida con el ISS y no por el RAIS, las cotizaciones efectuadas al fondo privado se consideran erróneamente realizadas y por ello, deben retornar en su totalidad, junto con el bono pensional, a Colpensiones por ser la que administra el RPM, para que esta pueda reconocer la pensión de vejez.

**3. Grado jurisdiccional de consulta**

Contra la decisión de primer grado, no se interpuso recurso de apelación, por lo que la a-quo dispuso el surtimiento del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por haber sido la misma adversa a sus intereses.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Tenía la pensión de jubilación reconocida por las Empresas Públicas de Pereira al señor José Jaime Mejía Aguirre la vocación de ser compartida?

1.2. De conformidad con la respuesta al interrogante anterior, ¿Tiene derecho el accionante a que se le reconozca y pague la devolución de saldos?

1. **Solución a los interrogantes planteados**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. De la compartibilidad de las pensiones de jubilación convencionales**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El Decreto 2879 de 1985 y posteriormente, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, establecieron la compartibilidad pensional.

Por su parte, al artículo 5º del Decreto 813 de 1994, modificado por el 2º del Decreto 1160 del mismo año, estableció que el empleador continuará haciendo aportes al Instituto de Seguros Sociales -hoy COLPENSIONES-, cuya finalidad es que una vez le sea reconocida la pensión de vejez por esta última entidad, sea de cuenta de empleador únicamente el mayor valor entre esta prestación y la reconocida por el empleador, si hubiere lugar a ello.

El ámbito de aplicación de la norma citada si bien hace referencia a los empleadores del sector privado fue expresamente ampliado por el artículo 45 [[2]](#footnote-2)del Decreto 1748 de 1995 a empleadores del sector Público afiliados al ISS.

Por su parte, en virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, determinó el inciso 5° del artículo 5º del Decreto 3995 de 2008, que cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Se tiene acreditado que al señor José Jaime Mejía Aguirre las Empresas Públicas de Pereira, mediante Resolución N° 48 de 16/01/1992 –fl. 10 s.s. del cd. 1-, le reconoció la pensión de jubilación a partir del 23/12/1991, por acreditar los requisitos establecidos en el punto –sic- quinto de la convención colectiva de 1963.

En el artículo 5° de la parte resolutiva del referido acto administrativo se expresó que *“una vez el jubilado cumpla los requisitos requeridos por el Instituto de Seguros Sociales, para el reconocimiento de la Pensión de Vejez, la Empresas –sic- solo continuará pagando el mayor valor de ésta pensión si lo hubiere. (Convirtiéndose en compartida).”*

De acuerdo con lo anterior, la pensión convencional reconocida al actor estaba destinada a ser compartida con la entidad administradora del RPM, es decir, que las Empresas Públicas de Pereira, tenía la intención que en el futuro se diera la subrogación parcial o total de la prestación económica reconocida; circunstancia que según lo expuesto en los fundamentos jurídicos que anteceden, sólo operará en el RPM a través del Colpensiones –antes ISS-.

Así las cosas, no hay ninguna duda en que el demandante no podía vincularse con posterioridad al RAIS, pues expresamente existía esa prohibición en la ley, lo que genera como consecuencia inevitable que las cotizaciones allí efectuadas sean consideradas erróneas y deban ser trasladadas a Colpensiones, en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, con el objeto de que sea esa administradora quien defina si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez y de acceder a ello, si subroga total o parcialmente a las Empresa Públicas de Pereira en el pago de la pensión convencional reconocida mediante la Resolución N° 048 de 1992, como en efecto lo determinó la a-quo.

**CONCLUSIÓN**

Conforme con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **José Jaime Mejía Aguirre** en contra de **COLFONDOS Pensiones y Cesantías S.A.** y al que fue vinculada la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

1. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el artículo 5º del decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B. [↑](#footnote-ref-1)
2. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el artículo 5º del decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B. [↑](#footnote-ref-2)