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 la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 29 de noviembre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00296-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Lucía Amparo Patiño Mesa

Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: PENSIÓN DE JUBILACIÓN / DOCENTES / COMPATIBILIDAD CON BONO PENSIONAL PARA EFECTOS DE DEVOLUCIÓN DEL SALDO DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL.**

De las mencionadas disposiciones, se desprende que en la actualidad existen dos legislaciones aplicables a los docentes. La primera de ellas, la regulada en la Ley 91 de 1989, que consagra un régimen especial para ellos, con unas prestaciones determinadas y una fuente de financiación especial. El segundo, que es el régimen integral de seguridad social en pensiones fijado en la Ley 100 de 1993. El primer de ellos, se aplica a quienes se hubieren vinculado con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el segundo a los docentes vinculados con posterioridad.

De tal ejercicio de vigencia y aplicabilidad legislativa, se puede decir que los docentes cobijados por el régimen exceptuado de prestaciones, tenían la posibilidad de acceder a prestaciones otorgadas en ambos regímenes, amén que las mismas resultaban compatibles, pues contaban con una fuente de financiación diferente y sus requisitos son distintos a los establecidos en el sistema general de pensiones.

Y la compatibilidad antes referida, necesariamente también implica que en caso de traslado entre regímenes del sistema de seguridad social integral, se genere el bono pensional que corresponda, sin que tal opción se pueda ver obstaculizada porque el afiliado ya devenga una pensión proveniente de un régimen especial. Y es que dígase que si bien los bonos pensionales, son títulos de deuda pública, no son más que la representación de un tiempo cotizado por un afiliado en un determinado régimen. Puntualmente, respecto a los bonos pensionales Tipo A, que son aquellos que se emiten a favor de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual, se tiene que el mismo refleja unas semanas cotizadas en el ISS, como lo es el caso del demandante y por las cuales él efectuó unas cotizaciones determinadas que ingresaron al fondo común de naturaleza pública que administraba ese fondo y actualmente lo hace Colpensiones, recursos que no adquieren la calidad de dineros o recursos del Estado, como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-378 de 1998, sino que tal naturaleza la tiene el fondo.

Por tal razón, el bono pensional que representa esos tiempos no puede tomarse como una erogación proveniente del tesoro público, pues en realidad representa unos dineros que no tienen calidad de públicos –las cotizaciones efectuadas por un afiliado-, lo que permite que el bono pensional sea compatible con la pensión de jubilación pagada por el Estado a un docente, quedan esta hipótesis por fuera de la prohibición contenida en el canon 128 de la Carta Política.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintinueve (29) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el ente ministerial y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 18 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Lucía Amparo Patiño Mesa*** contra la ***Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público*** y ***Porvenir S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Previo a anunciar las solicitudes del libelo genitor es preciso advertir que el asunto fue presentado inicialmente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que a través de providencia de 13 de junio de 2017 declaró probada la falta de jurisdicción, y ordenó la remisión del proceso a los juzgado laborales de este distrito – fls. 71 a 76 c. 1 -.

En consecuencia, el 31 de julio del mismo año el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito declaró la competencia, asumió el conocimiento de la *litis* y ordenó vincular a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en calidad de litisconsorte necesaria – fls. 79 y 80 c. 1 -, todo ello porque de la lectura de la demanda se infería que la demandante pretende la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual como afiliada de esa AFP, incluyendo los rendimientos financieros y el bono pensional, trámite que corresponde realizar a la entidad privada frente a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De cara a la demanda presentada, persigue la demandante que se condene al ente ministerial a la “*devolución y pago del bono pensional incluido los rendimientos financieros a que tiene derecho”* – fl. 3 c. 1 -.

El sustento fáctico de sus pedidos se sintetiza en que cotizó de manera simultánea durante más de 15 años al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Instituto de Seguros Sociales, porque laboraba tanto en el sector público como privado; que en este último cotizó desde el 25 de febrero de 1985 hasta el 30 de marzo de 2000, y a partir de allí se trasladó al RAIS, régimen en el que cotizó por 5 años más hasta declarar su imposibilidad de seguir aportando; que solicitó la pensión de vejez pero la misma fue negada ante la ausencia de acumulación del capital suficiente, trámite que culminó con la devolución de los saldos existentes en su cuenta individual, sin inclusión del bono pensional; que solicitó a la AFP adelantar los trámites para la expedición de su bono pensional y sus rendimientos financieros, pero fue infructuosa debido a la incompatibilidad con una pensión del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; que solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la devolución del bono, que negó la petición por ser afiliada exceptuada del Sistema General de Pensiones.

Admitida la demanda se dio traslado a los entes accionados, los cuales allegaron respuesta por medio de profesionales del derecho, en los siguientes términos:

El togado asignado por el Ministerio de Hacienda, allegó respuesta en la que se pronunció frente a los hechos, para lo cual consideró que el 4 de enero de 2000 la demandante se afilió *erradamente* al RAIS, porque ella hace parte de los excluidos del Regimen General de Seguridad Social, en tanto disfruta de una pensión de jubilación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, única circunstancia que impide a su vez obtener el bono pensional porque este se reconoce con cargo a los recursos públicos de la Nación, y nadie puede percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, sin oponerse a la expedición del bono por ausencia de requisitos legales. Concretamente, expuso en la historia laboral de la demandante aparecen 685.71 semanas de cotización al ISS, ocurridas antes de la afiliación al RAIS.

Por último, expuso como medios de defensa “*el ministerio de hacienda y crédito público no es una entidad de previsión social”,* “*falta de legitimación en la causa por pasiva”,* “*prescripción”* y “*buena fe”.*

Por su parte Porvenir al contestar la demanda recriminó que la afiliación al RAIS se hizo efectiva el 1º de marzo de 2000 y culminó en diciembre de 2005, pues la demandante venía cotizando al ISS desde el 25 de febrero de 1985. Por otro lado, adujo que el 21 de agosto de 2014 pagó a la demandante $23’720.629 por concepto de saldos depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros, y que la Oficina de Bonos Pensionales se había negado a liquidar el bono porque Lucía Amparo Patiño Mesa disfrutaba de una pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Además, indicó la AFP que mediante Resolución No. 00097 de 5 de marzo de 1998 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la Regional Risaralda reconoció pensión de jubilación y que a través de la Resolución No. 017524 de 9 de junio de 1998 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció también pensión de jubilación a la demandante.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento accedió a las pretensiones para lo cual declaró que Lucía Amparo Patiño Mesa tenía derecho al bono pensional por los tiempos cotizados al ISS como trabajadora particular, por lo que ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que elaborara la liquidación provisional del Bono Tipo A de la demandante, que a su vez debe remitir a la AFP Porvenir S.A. a más tardar dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia; cumplido lo anterior ordenó al aludido Ministerio que expida el Bono Tipo A dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que la AFP, que cuenta con 10 días, informe al emisor que la demandante 1) autorizó por escrito la negociación del bono o su utilización para adquirir acciones en empresas públicas y 2) que se causó la devolución de saldos a la beneficiaria.

Por último, condenó a pagar a las accionadas los intereses moratorios siempre que desatiendan las órdenes dadas dentro de los términos establecidos. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y únicamente condenó en costas al ente ministerial.

Para así decidir, estimó que las prestaciones que percibían los docentes como integrantes del régimen especial de pensiones establecido con la Ley 90 de 1989 son compatibles con las prestaciones de la Ley 100 de 1993, amén que ostentan diferentes causas y se sustentan económicamente en diferentes orígenes. Estimó además, que la emisión del bono pensional Tipo A a favor de la demandante que devenga una pensión de jubilación concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cajanal, no implica una violación de la Carta Política, dado que el aludido bono representa el tiempo cotizado por la demandante en el ISS, cotizaciones que no tienen naturaleza pública, y por tanto no hay lugar a aplicar la aludida restricción.

***III. APELACIÒN***

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público inconforme con la decisión, propuso el recurso de alzada mediante el cual recriminó que la pensión de jubilación que percibe la demandante y el bono pensional ordenado tienen igual fuente de financiación, puesto que el bono pensional se reconocerá con cargo a los recursos públicos de la Nación, por lo que su naturaleza oficial impide a un beneficiario del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio acceder a aquel, por cuanto percibiría más de una asignación proveniente del tesoro público; en consecuencia, solicitó que se revocara la decisión para en su lugar ordenar que se trasladen los aportes realizados al ISS a la AFP, pero no a través de un Bono Pensional.

Por otro lado, frente a los intereses moratorios reprochó que en caso de confirmarse la sentencia, el bono pensional se actualizaría y capitalizaría a la fecha de redención por lo que no habría lugar al pago de interés alguno. Para finalizar solicitó que la AFP también fuera condenada en costas.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Son compatibles las pensiones de jubilación reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cajanal a la demandante en su condición de docente del sector público, con la emisión del bono pensional tipo A por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectos de pagar una devolución de saldos por parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?*

*¿Era procedente condenar al pago de los intereses moratorios?*

*¿Procede la condena en costas a la AFP Porvenir S.A.?*

1. **CONSIDERACIONES**

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”.*

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 a dicho servicio 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.

De las mencionadas disposiciones, se desprende que en la actualidad, existen dos legislaciones aplicables a los docentes. La primera de ellas, la regulada en la Ley 91 de 1989, que consagra un régimen especial para ellos, con unas prestaciones determinadas y una fuente de financiación especial. El segundo, que es el régimen integral de seguridad social en pensiones fijado en la Ley 100 de 1993. El primer de ellos, se aplica a quienes se hubieren vinculado con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el segundo a los docentes vinculados con posterioridad.

De tal ejercicio de vigencia y aplicabilidad legislativa, se puede decir que los docentes cobijados por el régimen exceptuado de prestaciones, tenían la posibilidad de acceder a prestaciones otorgadas en ambos regímenes, amén que las mismas resultaban compatibles, pues contaban con una fuente de financiación diferente y sus requisitos son distintos a los establecidos en el sistema general de pensiones.

Por ello, en aquellos casos en que un docente prestaba servicios coetáneamente al Estado, con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, y para particulares, es factible que se hicieran aportes a cualquiera de los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, y se lograra 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 disfrutara o estuviera en vías de obtener, en el sector público, como docente, gracias a que, se insiste, cada una cuenta con recursos propios para su financiación.

Y la compatibilidad antes referida, necesariamente también implica que en caso de traslado entre regímenes del sistema de seguridad social integral, se genere el bono pensional que corresponda, sin que tal opción se pueda ver obstaculizada porque el afiliado ya devengara una pensión proveniente de un régimen especial. Y es que dígase que si bien los bonos pensionales, son títulos de deuda pública, no son más que la representación de un tiempo cotizado por un afiliado en un determinado régimen. Puntualmente, respecto a los bonos pensionales Tipo A, que son aquellos que se emiten a favor de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual, se tiene que el mismo refleja unas semanas cotizadas en el ISS, como lo es el caso de la demandante y por las cuales ella efectuó unas cotizaciones determinadas que ingresaron al fondo común de naturaleza pública que administraba ese fondo y actualmente lo hace *Colpensiones*, recursos que no adquieren la calidad de dineros del Estado, como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-378 de 1998, sino que tal naturaleza la tiene el fondo.

Por tal razón, el bono pensional que representa esos tiempos no puede tomarse como una erogación proveniente del tesoro público, pues en realidad representa unos dineros que no tienen calidad de públicos –las cotizaciones efectuadas por un afiliado - lo que permite que el bono pensional sea compatible con la pensión de jubilación pagada por el Estado a un docente, quedando esta hipótesis por fuera de la prohibición contenida en el canon 128 de la Carta Política.

Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos contemplada en el artículo 66 de la Ley 100/93, porque dichos conceptos “*no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez* (…) *la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión* (…) *por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional”* (Sent. SL451-2013 reiterada en providencia SL17421-2017 de 20 de septiembre de 2017).

Y frente a la expresión “*y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar”* contenida en el aludido artículo 66 *ibídem,* la Corte explicó que aquella se refiere a “*preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez”* (ibidem).

En suma, la devolución de saldos también debe comprender en ella, el bono pensional del afiliado que no alcanzó a acumular el capital necesario para acceder a una pensión de vejez, por cuanto dicho bono fue producto de su fuerza laboral y en esa medida debe obtener su retribución, pese a que no haya alcanzado la prestación vitalicia.

En el sub-examine, está fuera de discusión que el demandante se encuentra actualmente disfrutando de una pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 97 de 5 marzo de 1998, reliquidada mediante Resolución No. 1494 de 2 de octubre de 2003 por haberse desempeñado como docente nacionalizada – fl. 165 c. 1 – y una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución No. 17524 de 9 de junio de 1998, con fundamento en la ley 37 de 1933 – fl. 167 a 169 c. 1 -.

Así mismo, obra en el expediente prueba de que realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de marzo de 1984 hasta el 31 de enero del año 2000 a favor de los empleadores “*coleg sagrados corazones”,* “*coleg inmaculado czon mria”,* “*colegio inmaculado corazón de maría”,* “*congregación de religiosas”* y “*religiosas franciscanas de M L”* y que es beneficiaria de un bono pensional Tipo A – fls. 218 a 220 c. 1 -.

Además, obra certificación proferida por el Colegio del Inmaculado Corazón de María, “*institución educativa de carácter privado”*, en la que se hace constar que la demandante laboró para dicha institución durante 20 años desde “*febrero de 1985 a noviembre 30 de 2005, con contrato inferior a un año desde 1984 hasta el año 2004 y a través de la Cooperativa Multiengranaje con contrato renovado desde febrero 1º hasta noviembre 30/2005 (…) que fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales, el 25 de febrero de 1985, con el número patronal 03018200492”,* certificación signada tanto por la Rectora como por la Secretaria de la institución educativa – fl. 4 c. 2 – y que se afilió al RAIS en la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías el 4 de febrero del año 2000, según el formulario de afiliación – fl. 131 c. 1 -.

También obra documental expedida por Porvenir S.A. en la que se indicó que el 30 de agosto de 2014 se giró el valor correspondiente a la devolución de saldos existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante por valor de $23’720.629 – fl. 36 c. 1 -, y respecto al bono pensional se informó que ninguna devolución se realizó por cuanto se “*reportó la observación de pensión incompatible con el Bono Pensional, debido a que la señora Lucía se encuentra pensionada con la entidad en mención* [Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio], *motivo por el cual esta Administradora procedió con la anulación del mismo por no tener derecho a éste”* – fl. 54 c. 1 -.

Además de lo anterior, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación por ser docente nacionalizado – fl. 165 c. 1 y CAJANAL reconoció la prestación por haber prestado los servicios a favor del Departamento de Risaralda – fl. 167 c. 1 -, es decir por servicios prestados únicamente en el sector público.

De ahí que sea procedente que por ese lapso cotizado en el Régimen de Prima Media (ISS), se expida en favor de la actora y con destino a la AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente (Porvenir S.A.), el respectivo bono pensional para que este Fondo, a su vez efectúe la reliquidación indexada de la devolución de saldos, únicamente por los valores derivados del bono pensional, porque la aludida AFP en pretérita ocasión había reconocido los saldos contenidos en la cuenta individual de la demandante a partir de su afiliación a dicha AFP.

Tal hipótesis, no se derruye por la planteada por el Ministerio apelante que solicitó el reconocimiento de dicho periodo a través de figura diferente al bono pensional pues a lo sumo restaría una reliquidación de la pensión de jubilación que devengue la demandante, pero nótese que dicha opción válida, apenas es facultativa de la afiliada, como se desprende del canon 31 del Decreto 692 de 1994, que permite acumular dichos tiempos al servicio de docencia pública para efectos de una sola prestación, pero que, se itera, resulta una mera posibilidad a la que puede aspirar la licenciada, mas no en una obligación, pudiendo entonces escoger, el acceso a ambas prestaciones y, en el caso puntual, resulta evidente que la demandante no quiso acumular su tiempo cotizado en el sector privado, con el laborado como docente público ni viceversa, razón por la cual la opción planteada por el censor no aparecería viable.

Así las cosas, se observa que acertó la *a quo* al indicar que la demandante tiene derecho a que se emita y pague el bono pensional, con destino a su cuenta de ahorro individual en la AFP Porvenir S.A., para que esta entidad a su vez, proceda a la devolución de saldos restantes respectiva.

En cuanto a los intereses moratorios, impuestos por la primera instancia, estos se deberán vencido el plazo otorgado por la *a quo* para el trámite del bono pensional, emisión y pago a la interesada, en la medida en que el bono una vez expedido contiene su actualización o capitalización, lo cual no obsta, que cualquier tardanza por culpa del Ministerio o de la AFP, pueda recibir como castigo el pago de intereses moratorios, tal cual se ha preceptuado en otras oportunidades por esta colegiatura, entre otras, en la sentencia de 13 de agosto de 2015, Exp. No. 2013-00623-01.

Frente al tercero de los cuestionamientos planteados, esto es la condena en costas a cargo de Porvenir S.A., encuentra la Sala que el canon 365 del CGP establece que se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, esto es, aquella cuya tesis no salga avante. Pues bien, es del caso señalar que Porvenir S.A. en el presente proceso no se opuso a las pretensiones de la demanda – fl. 120 c. 1 -, es más de conformidad con los anexos aportados con la contestación de la demanda, se puede colegir que adelantó los trámites pertinentes ante la cartera de Hacienda y Crédito Público para la obtención del mismo, a lo que se negó la entidad – fl. 188 c. 1 -; por lo tanto, encuentra esta Sala que no resultó realmente vencida en esta actuación judicial, pues en todo momento se limitó al cumplimiento de sus obligaciones y desde la contestación de la demanda manifestó que procedería a devolver los saldos al demandante, una vez se emita y redima el bono pensional – fl. 120 c. 1 -, en ese sentido se estima que la codemandada Porvenir S.A. no debía ser condena en costas de primer grado.

Sin costas en esta instancia, pues el conocimiento del asunto acaeció en razón al grado jurisdiccional de consulta por haber sido adverso a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pesar de que este ente hubiese apelado.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala 4ª Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. *Confirmar* la sentencia proferida el 18 de abril de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Sin costas en esta instancia.

 ***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada