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 Secretaría de la respectiva Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 07 de diciembre de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00100-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: Noel Cardona Cárdenas

**Demandado:** Colfondos y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Compatibilidad pensional. Docentes.** 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. **Bono pensional. Compatibilidad con pensión de jubilación.** 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.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de diciembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (07:30 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 los recursos de apelación propuestos por los portavoces judiciales de ambos codemandados y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 16 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Noel Cardona Cárdenas*** contra la ***AFP Colfondos S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Persigue el demandante que se declare que el Ministerio demandado tiene la obligación de emitir el bono pensional correspondiente a los aportes efectuados por él como trabajador del sector privado y en consecuencia pide que el mismo se emita y pague a Colfondos para que este a su vez proceda a cancelar la devolución de saldos con tales fondos.

El sustento fáctico de sus pedidos se sintetiza en que nació el 23 de octubre de 1944, que se afilió el 12 de junio de 1979 al ISS como trabajador del sector privado, que en tal condición cotizó hasta el año 1995 en dicha entidad, que entre el año 1965 y 1994 prestó servicios como docente nacional vinculado al Fondo de prestaciones sociales del magisterio, régimen exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, que mediante Resolución No. 004472 del 03 de mayo de 1996 se concedió al actor pensión de jubilación por parte de Cajanal en aplicación de la Ley 37 de 1933, que el tiempo cotizado en el sector privado se hizo ante el ISS y posteriormente a Colfondos, que el 22 de febrero de 2007 solicitò a dicha AFP pensión de vejez, que la misma le fue negada el 08 de mayo de 2007 y que se le concedía la indemnización sustitutiva, que en esa misma comunicación se le informó que la OBP del Ministerio de Hacienda se niega a emitir el bono pensional correspondiente al tiempo cotizado en el ISS por ser incompatible con la prestación que se le reconoció por parte de Cajanal; que se le realizó devolución de saldos por valor de $1.918.907, que el 27 de noviembre de 2015 se le pidió al Ministerio de Hacienda emitiera el bono mencionado con destino a Colfondos y que tal petición recibió respuesta negativa por parte de la cartera ministerial.

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, aceptando la solicitud del demandante y la negativa de la entidad a emitir el bono pensional, así como los fundamentos de tal negativa. Frente a los restantes no los aceptó. Se opuso a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y “Buena fe”.

- Por su parte Colfondos también allegó respuesta por intermedio de procurador judicial, aceptando el reconocimiento pensional a favor del demandante de la pensión de jubilación, la solicitud pensional, la negativa de la entidad, la devolución de saldos ordenada y su monto, así como la negativa de la OBP de la cartera coaccionada en emitir el Bono Pensional. Frente a los restantes indica que no le constan. No se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación y responsabilidad exclusiva a cargo de la OBP”, “Compensación”, “Prescripción” y “Buena fe”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante el fallo recurrido, resolvió el fondo del asunto estimando las pretensiones de la demanda y ordenando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que emita y pague el bono por el tiempo cotizado por el actor al ISS, con destino a Colfondos y, a este, que proceda a efectuar la devolución de saldos contando con dichos saldos. Impuso costas a cargo de ambos en un 95% de las causadas.

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 del actor que devenga una pensión de jubilación concedida por Cajanal, no implica una violación de la Carta Política, dado que el aludido bono representa el tiempo cotizado por el demandante en el ISS, cotizaciones que no tienen naturaleza pública y por tanto no hay lugar a aplicar la aludida restricción. Impone costas a cargo de ambas entidades, al encontrar que resultaron vencidas en el juicio.

***III. APELACIÒN***

Los togados que representaban los intereses de ambos demandados interpusieron y sustentaron recurso de apelación contra la aludida sentencia, exponiendo los siguientes argumentos:

Colfondos ciñó su inconformidad contra el fallo, en lo tocante a la condena en costas que se le impuso a su representada, encontrando que la entidad acreditó que adelantó ante la OBP del Ministerio de Hacienda todas las gestiones pertinentes y necesarias para la obtención del bono pensional, pero esta entidad se negó, por lo que el no incluir en la devolución de saldos tal valor no fue producto de la negligencia de la entidad, sino de que la aludida entidad no emitiera el Bono. Por tal razón estima que no deben imponerse costas procesales en su contra.

El Ministerio de Hacienda persigue la revocatoria total de fallo sintetizado, argumentando que los docentes estaban sometidos a un régimen exceptuado, por lo que no podían afiliarse a las entidades administradoras del sistema pensional regido en la Ley 100 de 1993. Refiere que el bono pensional, si bien representa unos aportes efectuados por el trabajador al ISS, es un documento emanado del tesoro nacional y por tanto público, por lo que se torna incompatible con pensión de jubilación que el demandante percibe. Indica que el trámite que debió intentarse en este caso no fue el de la emisión del bono pensional para pagar la devolución de saldos, sino la reliquidación de la prestación pensional de jubilación que actualmente recibe el demandante.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Es compatible la pensión de jubilación reconocida por Cajanal al 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 imponer costas procesales a Colfondos?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

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 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.

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, quedando esta hipótesis por fuera de la prohibición contenida en el canon 128 de la Carta Política.

En el sub-examine, está fuera de discusión que el demandante se encuentra actualmente disfrutando de una pensión vitalicia de jubilación, reconocida por CAJANAL, mediante resolución No. 004472 de 1996, con fundamento en las leyes 33 y 62 de 1985, la cual fue reconocida por haber laborado por 10406 días al servicio del Departamento de Risaralda, en calidad de docente (ver fl.18).

Así mismo, obra en expediente prueba de que el realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajador particular y en la Universidad Libre, Estucol Ltda, Cidecol Ltda, Empresas Públicas, Sena, Fundación Gimnasio Pereira y con un empleador particular, períodos que equivalen a 512,86 semanas.

Ademàs de lo anterior, CAJANAL al momento de reconocer la respectiva prestación pensional, no tuvo en consideración dichos períodos cotizados en el ISS; pues como ya se dijo la pensión de jubilación se reconoció únicamente con apoyo en el tiempo servido en el Departamento de Risaralda.

De ahí que sea procedente que por ese lapso cotizado en el Régimen de Prima Media, se expida en favor del actor y con destino a la AFP a la cual se encuentra afiliado, el respectivo bono pensional para que este Fondo, a su vez efectúe la reliquidación de la devolución de saldos.

Tal hipótesis, no se derruye por la planteada por el Ministerio apelante, en el sentido de que lo procedente en este caso era una reliquidación de la pensión de jubilación que devenga el demandante, pues en realidad de verdad tal opción, aunque es posible, es facultativa del afiliado, como se desprende del canon 31del 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 el licenciado, mas no en una obligación, pudiendo entonces escoger, el acceso a ambas prestaciones y, en el caso puntual, resulta evidente que el 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 es viable.

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

Frente al segundo de los cuestionamientos planteados, esto es la condena en costas a cargo de Colfondos 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 Colfondos en el presente proceso no se opuso a las pretensiones de la demanda, es más de conformidad con los anexos aportados con la contestación de la demanda –fls. 107 y ss.-, 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. Por lo tanto, encuentra esta Sala 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. Por lo tanto, se estima que la codemandada Colfondos no debe ser condena en costas de primer grado, debiéndose revocar parcialmente el ordinal 4º de la sentencia, en lo pertinente.

En cuanto a las costas de esta instancia las mismas serán a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a favor de la demandante.

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

*FALLA*

1. *Confirmar* la sentencia proferida el 16 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, salvo el ordinal 4º, que se revoca parcialmente y en su lugar se absuelve a Colfondos de la condena en costas de primer grado.
2. Costas en esta instancia a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a favor de la demandante.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario