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 del 8 de febrero de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00384-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Lubían Coy Tabares

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

Juzgado de origen: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: NATURALEZA PARAFISCAL DE LOS APORTES PENSIONALES:** los recursos del fondo común de reparto, conformado con los aportes de los afiliados al ISS (y al sistema en general), no son recursos públicos, pues tienen el carácter de recursos parafiscales, de suerte que no se encuentran cobijados por la restricción del artículo 128 de la C.P.

**COMPATIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN DOCENTE Y LAS PRESTACIONES A CARGO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES:** (hasta antes de la Ley 812 de 2003)(…) 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.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 08:00 A.M. de hoy, viernes 8 de febrero de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por **JOSÉ LUBIAN COY TABARES** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Escuchados los alegatos de conclusión, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** en contra de la sentencia emitida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira** el 23 de abril de 2018, dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar si la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio al demandante en su condición de docente del sector público oficial es incompatible 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.

**I – ANTECEDENTES**

Persigue el actor que se declare **1)** que tiene derecho a la devolución de saldos y rendimiento financieros en su cuenta de ahorro individual en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** y **2)** que tiene derecho igualmente al reconocimiento y pago del bono tipo “A” por el tiempo cotizado o aportado al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** como empleado o trabajador del sector privado entre el 18 de enero de 1967 y el 30 de noviembre de 1998.

Consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita que se ordene al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** el reconocimiento, emisión, expedición y redención del bono tipo “A” debidamente actualizado, por 554,29 semanas cotizadas al ISS entre el 18 de enero de 1977 y el 30 de noviembre de 1998, pago que deberá hacerse a través de la codemandada **PORVENIR S.A.** Y asimismo, que se condene a esta última a pagar a su favor los saldos y rendimiento financieros acreditados en su cuenta de ahorro individual en esa administradora, así como el producto del bono pensional trasladado por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En lo que interesa a la resolución de este asunto en segunda instancia, debe anotarse que el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** considera que el demandante no tiene derecho a la liquidación, emisión y pago de bono pensional alguno, toda vez que está reportado por el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** como beneficiario de una **PENSIÓN DE JUBILACIÓN** desde el 25 de noviembre de 2003, aspecto que no ha sido desconocido por el actor, quien señalo en la demanda (hecho 17), que en efecto prestó servicios al sector público como docente oficial por el tiempo necesario para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconociera la pensión de jubilación en 2003, y añade que los aportes que hizo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES), lo fueron como empleado particular, situación que le hubiera permitido tener derecho a la pensión de vejez, de cumplir con los requisitos para el efecto, de haber permanecido en dicha entidad, subraya igualmente que el 1º de diciembre de 1998 se trasladó al RAIS (PORVENIR S.A.) en el que registra un total de 167 semanas cotizadas entre aquella fecha y el 30 de noviembre de 2003.

En respuesta a la demanda, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que al hacer parte el demandante del régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, norma que de manera expresa señala que las disposiciones contenidas en el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la ley no se aplican a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, esta no podía afiliarse válidamente al Sistema General de Pensiones concedido por la Ley 100 de 1993, por exclusión expresa de la citada norma y, menos aún, vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por los Fondos de Pensiones Privados (AFP) con el fin de obtener el reconocimiento de un bono pensional por los tiempos cotizados al ISS (hoy COLPENSIONES) antes de la entrada en vigencia de la referida ley, dado que el bono pensional, a pesar de reconocerse a los afiliados de los Fondos Privados de Pensiones que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 115 ibídem, se financia con recursos públicos y con cargo al presupuesto de la nación. Concluye entonces, que al ser el bono pensional un beneficio de naturaleza pública, los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no pueden acceder al mismo, por cuanto se encontrarían percibiendo más de una asignación proveniente del tesoro público, situación que va en contravía del principio constitucional establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, según el cual *“nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (…)”.* En ese orden propuso como excepciones de mérito las denominadas: “inexistencia de la obligación” y la “genérica”, y pidió la absolución de las condenas reclamadas en su contra.

Por su parte la AFP demandada, **PORVENIR S.A.**, asegura que de manera insistente se ha ocupado de realizar el trámite tendiente a la emisión y pago del pretendido bono pensional ante el MINISTERIO DE HACIENDA, pero el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) no permite concluir la gestión, debido a que arroja mensaje de error con la anotación “no emitible. El beneficiario se encuentra reportado como afiliado de otra entidad”.

Agrega que el argumento esgrimido por la OBP para negar la emisión y pago del bono consiste en afirmar que las personas beneficiarias de una pensión de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no pueden afiliarse al RAIS y, por consiguiente, no pueden gozar de los beneficios de este régimen, dentro de los cuales se encuentra, como es bien sabido, el pago del bono pensional, debido a que, según dicha entidad, se constituiría una doble asignación proveniente del erario; posición que no comparte PORVENIR, debido a que las pensiones reconocidas por el Magisterio son perfectamente compatibles con las prestaciones del Sistema General de Pensiones, pues la entidad en mención no hace parte del Sistema General de Pensiones, por encontrarse expresamente exceptuada, según lo dispuesto en el inciso 2 y parágrafo 2 del artículo 279 de la Ley 100 (fl. 114).

En ese orden, no se opuso a las pretensiones encaminadas al pago del bono pensional, pero aclaró que este no ha nacido a la vida jurídica, pues ni siquiera ha sido reconocido, ni mucho menos pagada y por ende el dinero que podría contener nunca ha ingresado a PORVENIR y mucho menos a la cuenta de ahorro individual del demandante, de modo que la solicitud de devolución del bono pensional sería una obligación imposible de cumplir la AFP demandada.

**II – SENTENCIA**

Con apoyo en una sentencia dictada por este Tribunal en un caso que reviste idénticas aristas al presente, dictada el 14 de diciembre de 2017, con ponencia del Magistrado FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES, Rad. 2016-0100, la jueza de primera instancia determinó que no hay incompatibilidad entre el pago de una jubilación a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el reconocimiento de prestaciones del Sistema General de Pensiones.

En tal virtud ordenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la emisión, expedición y pago del bono pensional Tipo A al cual tiene derecho el señor JOSÉ LUBIAN COY TABARES por concepto de los aportes que realizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre los años 1967 y 1998.

Le ordenó igualmente a PORVENIR que cancele al demandante los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, incluido el bono pensional que emita el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en un término improrrogable de 10 días, y si no lo ha hecho, proceda, en el término de 30 días a trasladar a la OFICINA DE BONOS PENSIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA la solicitud del actor con la certificación de la información laboral del afiliado para continuar con el trámite de emisión y pago del bono, y finalmente condenó al MINISTERIO demandado al pago de los intereses de mora de que tratan los decretos 1748 de 1995 y 379 de 2010.

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.

**III – APELACIÓN**

Contra la anterior decisión presenta recurso de apelación la codemandada, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, reiterando los argumentos planteados en la contestación a la demanda y los alegatos de conclusión. De igual modo reiteró que el bono pensional reclamado se financia con cargo a los recursos de la nación, y aunque se calcula con sustento en la información contenida en la historia laboral del demandante, no por esta razón se liquida con cargo a dichos aportes, pues estos siguen depositados en COLPENSIONES.

Agrega que la decisión adoptada en primera instancia desconoce los principios de solidaridad (definido en la sentencia C-760 de 2004), sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, eficiencia y uso racional de los recursos del sistema, pues en este caso el más fuerte, esto es, quien tiene el estatus de pensionado gracias al esfuerzo presupuestal de la nación, no puede sacar provecho de aportes que debió acumular en un solo fondo de pensiones, pues con ello se ven afectados los limitados recursos con los que el Sistema sufraga los beneficios de la seguridad social de los más débiles, es decir de aquellos que todavía no han podido acceder a una pensión.

 Finalmente indicó que las personas que tienen más de una pensión, deben considerarse fuertes, y el interés de ellos debe ceder a la posibilidad de irrigar sus arcas privadas frente aquellas que dependen de sus mismas fuentes vitales para acceder a la pensión, pues las decisiones judiciales no pueden desconocer la problemática del sistema y el esfuerzo de unificar los regímenes pensionales.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. NATURALEZA PARAFISCAL DE LOS APORTES PENSIONALES**

Para empezar partimos del hecho indiscutible de que el demandante percibe una prestación de vejez o jubilación otorgada legalmente por el FONDO DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG) y aspira a obtener un beneficio pensional, como lo es la devolución del saldo de su cuenta de ahorro individual, incluido el valor del bono pensional al que tenga derecho, con fundamento en cotizaciones efectuadas al ISS (hoy COLPENSIONES) y al RAIS (administrado por PORVENIR), provenientes de ingresos propios como trabajador dependiente al servicio de empleadores privados, y en todo caso distintos a los tenidos en cuenta para el reconocimiento de la jubilación del sector público.

Debe anotarse de entrada, que es esta no es una discusión nueva para la justicia laboral, en innumerables asuntos similares, tanto la justicia ordinaria como la constitucional, ha fijado el criterio según el cual los recursos del fondo común de reparto, conformado con los aportes de los afiliados al ISS (y al sistema en general), no son recursos públicos, pues tienen el carácter de recursos parafiscales, de suerte que no se encuentran cobijados por la restricción del artículo 128 de la C.P.

Al respecto la Corte Constitucional, al precisar el alcance del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, relacionado con la naturaleza de los recursos del Fondo de Prima Media con Prestación Definida, a través de la sentencia C-378 de 1998, estableció que el hecho de que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyan un fondo común de naturaleza pública no significa que puedan catalogarse como ingresos de la Nación o parte de su patrimonio, pues los aportes que administra el Instituto (hoy COLPENSIONES), así como sus rendimientos, en razón de su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad ni del ente administrador ni mucho menos del Estado.

Siguiendo esa línea, recordemos que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes venían afiliados a los regímenes pensionales anteriores, tuvieron la oportunidad de continuar afiliados al ISS[[1]](#footnote-1) (administrador del RPMPD a partir de ese momento) o de afiliarse o trasladarse al RAIS. Esto último pudo suponer un costo enorme a las finanzas del Régimen de Prima Media, pues implicaba el inmediato traslado de los aportes y sus rendimientos a otro fondo, de modo que el legislador prefirió convertir los aportes recaudados hasta esa fecha por el ISS y las demás cajas de previsión en un instrumento de deuda pública denominado bono pensional (Arts. 115 y 121 de la Ley 100), cuya finalidad, de acuerdo a lo señalado en el artículo 119 de la citada ley, es la de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

En ese orden de ideas, pese a que los bonos pensionales (establecidos en la Ley 100 de 1993) se reconocen con recursos a cargo de la Nación, son en últimas un título valor que representa en tiempo y dinero, los aportes que se efectuaron al antiguo régimen, ya fuera a Colpensiones (antes conocido como Instituto de Seguros Sociales), o a las cajas o empresas públicas y privadas a cargo del reconocimiento de pensiones hasta ese momento, para luego ser trasladados a un fondo de pensiones, de modo que corresponde a una prestación del trabajador como retribución por sus labores.

**4.2. COMPATIBILIDAD ENTRE LA JUBILACIÓN DOCENTE Y LAS PRESTACIONES A CARGO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

Teniendo claro lo anterior, 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 de 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, este Tribunal ha interpretado 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. Y la segunda, que es el régimen integral de seguridad social en pensiones fijado en la Ley 100 de 1993. Aquella se aplica a quienes se hubieren vinculado con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y esta última a los docentes vinculados con posterioridad.

Como bien lo advirtió la a-quo, en sentencia de esta Corporación, dictada el 14 de diciembre de 2017, con ponencia del Magistrado FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES, Rad. 2016-0100, se explicó 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.

De modo que ha sido una postura invariable para esta Corporación, que 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.

También se estableció en dicha providencia que 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 vea restringida porque el afiliado ya devengue una pensión proveniente de un régimen especial.

En suma de todo lo dicho, contrario a lo afirmado por el apelante, el bono pensional no puede tomarse como una erogación proveniente del tesoro público, pues en realidad representa unos dineros que no tienen calidad de públicos y que corresponden a las cotizaciones efectuadas por un afiliado, lo que permite que 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 este asunto es claro que el FOMAG, al momento de reconocer la respectiva prestación pensional, no tuvo en consideración los períodos cotizados por el actor al Sistema Pensional; pues como ya se dijo, la pensión de jubilación se reconoció únicamente con apoyo en el tiempo servido en el magisterio, de modo que nada impide que el demandante reclame el pago de prestaciones ante el Sistema General de Pensiones, pues esta se financian de un fuente distinta a la que dio origen a la jubilación del sector público. De ahí que sea procedente que por el 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 tal opción, aunque es posible, es facultativa del afiliado, 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 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 declarar que el actor tiene derecho a que se emita, redima y pague el bono pensional con destino a su cuenta de ahorro individual en PORVENIR, sin perjuicio de lo que dicha cartera ministerial deba cobrar a los contribuyentes de las cuotas partes respectivas, si a ellas hubiere lugar, conforme a lo establecido en el artículo 27 del Decreto 1513 de 1998, para que a su vez la AFP, proceda a la devolución de saldos respectiva. De modo que será necesario modificar en sede de consulta el numeral 2º del acápite resolutivo de la sentencia objeto de estudio, para aclarar que el MINISTERIO DE HACIENDA podrá integrar las cuotas partes del bono con cargo a los contribuyentes, en caso de que estos existan.

No sobra anotar, frente al argumento de la solidaridad que la apelante demanda de los afiliados que disfrutan de una pensión o jubilación del sector público, que este valor no supone, bajo ninguna justificación la renuncia a los derechos establecidos en favor de quien hizo toda su vida el esfuerzo de ahorrar una parte de sus ingresos con miras a obtener una pensión en su vejez, pues el componente solidario del Sistema Pensional entraña ante todo un esfuerzo institucional por abarcar bajo cobijo de la seguridad social al mayor número posible de ciudadanos, y con ese propósito es que los afiliados de mayores ingresos destinan forzosamente un porcentaje de sus aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, a través del cual se financia, no solo el aporte de los afiliados al Régimen Subsidiado en Pensiones, sino también la subcuenta de subsistencia a través de la cual se le brinda protección a los adultos mayores en situación de indigencia o extrema pobreza. Es por esta razón que dicho valor no incide en las resultas del presente proceso, pues no tiene el alcance de afectar derechos ciertos de los afiliados.

Las costas en esta instancia correrán por cuenta del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a favor del 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,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** en sede de consulta el numeral segundo de la sentencia **objeto** de estudio, para AUTORIZAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a cobrar a los contribuyentes las cuotas partes respectivas del bono, si a ellas hubiere lugar, conforme a lo establecido en el artículo 27 del Decreto 1513 de 1998.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás elfallo objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Liquídense por el juzgado de primera instancia.

**Notificación surtida en estrados.** Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

1. Y en algunos casos a las cajas de previsión del sector público [↑](#footnote-ref-1)