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 10 de agosto de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00560-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Mercedes Cataño Orozco

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

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: DEVOLUCIÓN DE SALDOS / APORTES AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA / NO SON DE PROPIEDAD DE COLPENSIONES NI DEL ESTADO / SON DE CARÁCTER PARAFISCAL / RÉGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO / EXCEPTUADO DE LA LEY 100 DE 1993 HASTA LA LEY 812 DE 2003 – 27 DE JUNIO / COMPATIBILIDAD HASTA ESTA FECHA ENTRE PRESTACIONES DE LOS DOS REGÍMENES.**

… tanto la justicia ordinaria como la constitucional, han 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 de Seguros Sociales (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. (…)

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 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.

… 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…

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-…

Como bien lo advirtió la a-quo, esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido 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.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**10 de agosto de 2020**

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral  se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **MERCEDES CATAÑO OROZCO** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consultaa favor del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, de la sentencia emitida por el **Juzgado CUARTO Laboral del Circuito de Pereira** el 14 de noviembre de 2019, dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **La demanda y su contestación**

Persigue la actora que se declare que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO está obligado a emitir el bono pensional por los aportes realizados al ISS como trabajadora del sector privado y que son independientes de la pensión de jubilación que percibe por parte del FOMAG. En consecuencia, solicita que se condene al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir y pagar el bono pensional a PORVENIR, para que esta a su vez proceda a reconocerle la devolución de saldos.

Para fundar su petitum manifiesta que nació el 16 de diciembre de 1959; que entre agosto de 1989 y octubre de 1995 cotizó al ISS un total de 266 semanas como trabajadora del sector privado; que laboró como docente nacionalizada a través de la Gobernación de Caldas entre los años 1978 y 2000, obteniendo el reconocimiento de pensión Gracia mediante resolución No. PAP050488 del 27 de abril de 2011 a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución No. 6499-6 del 08 de julio de 2015.

Agrega que cotizó en el sector privado a través del ISS hasta 1995, pues en noviembre de ese año se trasladó a PROTECCIÓN y, posteriormente, en noviembre de 2002 a PORVENIR S.A., última entidad que el 03 de abril de 2017 realizó a su favor la devolución de aportes de la cuenta individual por valor de $85.119.901, pero sin tener en cuenta el valor de las semanas cotizadas al entonces ISS.

Informa que el 03 de agosto de 2017 realizó reclamación administrativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales, solicitando la emisión y traslado del bono pensional. No obstante, la entidad del orden nacional, mediante comunicado del 25 de agosto de 2017 le manifestó que no tiene derecho a percibir ninguna prestación por parte del RAIS por ser una afiliada exceptuada del Sistema General de Pensiones.

Finalmente aduce que la pensión de jubilación y la pensión gracia fueron concedidas con tiempos al servicio del Estado en el régimen exceptuado al Magisterio, sin tener en cuenta las cotizaciones efectuadas al ISS.

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 la demandante del régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, 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) con el fin de obtener el reconocimiento de un bono pensional por los tiempos cotizados al ISS (hoy COLPENSIONES), 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: “El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Genérica”.

Por su parte la AFP demandada, **PORVENIR S.A.**, no se opuso a las pretensiones encaminadas al pago del bono pensional, en la medida en que se verifique que los aportes efectuados al RPM no fueron tenidos en cuenta para financiar las pensiones gracia y de jubilación, en ese orden, propuso las excepciones que denominó: “inexistencia de la obligación y responsabilidad exclusiva a cargo de la OBP”, “Pago”, “Compensación”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o Genérica”.

1. **Sentencia de primera instancia**

La jueza de primera instancia declaró que la señora MERCEDES CATAÑO OROZCO tiene derecho a que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, emita, redima y pague su bono pensional con destino a la AFP PORVENIR, entidad que a su vez debe pagar la devolución de saldos correspondiente al bono pensional. Por último, condenó en costas al MINISTERIO accionado. Para llegar a tal determinación, consideró en síntesis, con apoyo en la prueba documental y el precedente jurisprudencial emanado tanto de esta Sala como de la Sala de casación laboral de la Corte suprema de Justicia que como las pensiones que goza la demandante no fueron financiadas con los aportes que esta realizara al otrora ISS, sino que son fruto de las cotizaciones que como maestra realizó al FOMAG, no puede predicarse incompatibilidad entre las pretensiones que percibe y la emisión del bono pensional que depreca, máximo cuando este último equivale a las cotizaciones efectuadas como trabajadora y no provienen de dineros del Estado.

1. **Procedencia de la consulta**

Al haber resultado condenada La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

1. **Alegatos de conclusión/Concepto del Ministerio Público**

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación.

Por otra parte, el Ministerio Público NO conceptuó en este asunto.

1. **Problemas jurídicos por resolver**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar si las pensiones de jubilación y gracia reconocidas a la demandante por el Magisterio en su condición de docente del sector público oficial es compatible 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. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

**5.1 Naturaleza parafiscal de los aportes pensionales**

Para empezar partimos del hecho indiscutible de que la demandante percibe una prestación de jubilación otorgada legalmente por el FONDO DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG) (fl. 24) y una pensión gracia otorga por CAJANAL (ahora a cargo de la UGPP) (fl. 22) y que aspira a obtener un beneficio pensional, como lo es la devolución del saldo de su cuenta de ahorro individual, por el valor del bono pensional al que tenga derecho, con fundamento en cotizaciones efectuadas al ISS (hoy COLPENSIONES), provenientes de ingresos propios como trabajadora 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 esta no es una discusión nueva para la justicia laboral, pues en innumerables asuntos similares, tanto la justicia ordinaria como la constitucional, han 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 de Seguros Sociales (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 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.

**5.2. 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.

Como bien lo advirtió la a-quo, esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido 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 y a particulares, con vinculación anterior al 27 de junio de 2003, 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 que la compatibilidad antes referida, necesariamente 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 restringida porque el afiliado ya devenga una pensión proveniente de un régimen especial o en este caso, dos prestaciones.

En suma de todo lo dicho, contrario a lo afirmado por el MINISTERIO en su contestación de la demanda, 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 y CAJANAL, al momento de reconocer la respectiva prestación pensional, no tuvo en consideración los períodos cotizados por la actora al Sistema Pensional; pues como ya se dijo, tanto la pensión de jubilación como la pensión gracia se reconocieron únicamente con apoyo en el tiempo servido como docente del sector oficial, de modo que nada impide que la demandante reclame el pago de prestaciones ante el Sistema General de Pensiones, pues esta se financian de una 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 de la actora y con destino a la AFP a la cual se encuentra afiliada, el respectivo bono pensional para que este Fondo, a su vez efectúe los cálculos tendientes a verificar si la demandante cumple los requisitos para pensionarse bajo cualquiera de las modalidades que ofrece el RAIS y solo en caso de que no pueda financiarse la pensión, procederá a la devolución de saldos como se pide en la demanda, tal como se desprende del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, norma que contempla el carácter prevalente de la pensión sobre la devolución de saldos, dado que la obtención de la gracia pensional constituye el propósito central del ahorro individual en el sistema de aseguramiento contributivo.

Corolario de lo hasta aquí discurrido, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pero bajo la condición de que solo habrá lugar a la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluido el capital, los rendimientos y el valor del bono, en el caso de que dicho saldo no alcance a financiar una pensión, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 14 de noviembre de 2019 pero bajo la condición de que solo habrá lugar a la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluido el capital, los rendimientos y el valor del bono, en el caso de que dicho saldo no alcance a financiar una pensión, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

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

De conformidad al artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la presente sentencia se notificará por ESTADOS.

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

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

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