

TEMA: DEVOLUCIÓN DE SALDOS - En el caso de las personas, que no alcanzaron a cotizar 500 semanas en el RAIS y solicitan la devolución de saldos, tienen derecho no solo al pago de los bonos pensionales a que haya lugar, sino también a la devolución de saldos, incluyendo el bono. /

HECHOS: la demandante pretende se declare que le asiste derecho a la DEVOLUCIÓN DE SALDOS con inclusión del bono pensional materializado o representado en el servicio público prestado al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA entre el 14 de agosto de 1969 y el 23 de marzo de 1978, ordenando a dicha entidad emitir y pagar el bono pensional que corresponda con destino a PROTECCIÓN S.A., y una vez emitido y pagado, se ordene a PROTECCIÓN S.A., proceda a hacer la devolución de saldos. despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, ordenando al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, cancelar el valor del BONO PENSIONAL por el periodo laborado por la actora entre el 14 agosto de 1969 y 23 marzo de 1978, descontando los periodos de interrupción. En consecuencia, condenó a dicha entidad a cancelar con destino a la cuenta de ahorro individual administrada por PROTECCIÓN S.A. (...). El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si a la demandante le existe derecho a que se le efectúe devoción de saldos por parte de su administradora de fondo de pensiones del RAIS, incluyendo bono pensional a cargo del Departamento de Antioquia.

TESIS: la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como del Consejo de Estado, tiene establecido, que quienes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con tiempos servidos en el sector públicos, son beneficiarios del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, para aplicarles las normas legales pensionales del sector público. Así entonces, la afiliación de la demandante al RAIS en el año 2017, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., implicó un traslado de régimen pensional, el que para el referido año estaba prohibido conforme al mandato del artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que proscribió el tratado de régimen pensional, al afiliado que le falten menos de diez años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, encontrándose que en el caso de la accionante cuando se afilió al RAIS, a través de PROTECCIÓN S.A., ya contaba con 67 años de edad, es decir con diez años más de la edad mínima para acceder una pensión de vejez lo que conlleva además que cuando se afilió al RAIS, ya tenía consolidado el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que establece el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001, cuya exigibilidad solo estaba condicionada a su manifestación de su imposibilidad de seguir cotizando al sistema pensional. Conforme lo anterior, considera la Sala que la afiliación de la actora al RAIS, transgredió la norma legal, que prohíbe el traslado de régimen pensional, y por ello tal afiliación no surte efecto legal alguno, al menos respecto de terceros distintos a la AFP que aceptó la afiliación, y, en consecuencia, no se genera a cargo del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, el reconocimiento de bono pensional, pues el derecho a este solo nace ante una afiliación legal de un trabajador al RAIS. Y es que la Sala, comparte el criterio del Departamento de Antioquia, que una persona que ya haya cumplido los requisitos para acceder a una determinada prestación que le otorga uno de cualquiera de los dos regímenes pensionales, no puede afiliarse al otro, para aprovecharse de otra prestación más favorable, como la en este caso, la devolución de saldos, con bono pensional, que es evidentemente mucho más onerosa para el Departamento de Antioquia, que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001 Tampoco podría una afiliación irregular, desmejorarle al trabajador la prestación ya causada en cualquier de los dos

regímenes, como sería el caso de quien causó el derecho a una devolución de saldos en el RAIS, y se traslada irregularmente la RPMPD, en el que solo puede obtener una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, inferior a la devolución de saldos a la que ya tenía derecho, o desconocerle el derecho ya causado a la garantía de pensión mínima con 1150 semanas cotizadas por trasladarse ilegítimamente al RPMPD. Ahora, no desconoce la Sala, que, ante una afiliación irregular, la AFP bien sea del Régimen de Ahorro Individual o del Régimen de Prima Media, que la admitió, queda obligada a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, pero no puede la afiliación ilegal, surtir efectos negativos respecto de terceros que no participaron en la misma. En relación con lo anterior, la AFP que la admitió la afiliación, tampoco puede desconocer los aportes pensionales que recibió del trabajador, y por ello en el caso del RAIS, debe realizar la devolución de saldos de las cotizaciones, por lo que se mantendrá la condena de la a quo, a la devolución de saldos, respecto de las cotizaciones que realizó la demandante en la AFP PROTECCIÓN S.A.

MP. FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 12/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El doce (12) de abril de dos mil veinticuatro (2024), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **CECILIA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**; tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2020-00149-01**.

El magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES:

A través de la presente acción judicial, la demandante pretende se declare que le asiste derecho a la DEVOLUCIÓN DE SALDOS con inclusión del bono pensional materializado o representado en el servicio público prestado al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA entre el 14 de agosto de 1969 y el 23 de marzo de 1978, ordenando a dicha entidad emitir y pagar el bono pensional que corresponda con destino a PROTECCIÓN S.A., y una vez emitido y pagado, se ordene a PROTECCIÓN S.A., proceda a hacer la devolución de saldos, no solo de los aportes, su rentabilidad, sino también del valor del bono pensional depositado por la entidad territorial de manera indexada. De igual forma, solicita que se declare que el art. 18 del Dcto 3798/03 compilado por Dcto único Reglamentario 1833, art. 2.2.16.3.10 contraviene la Constitución Política de Colombia, por lo que con base en el art. 4 superior, se impone hacer un control difuso del mismo, procediendo a inaplicarlo, al ser restrictivo del derecho fundamental de la seguridad social al restringir la seguridad social como

derecho fundamental, incluso al desbordar la potestad reglamentaria imponiendo cargas no queridas por el legislador.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata la actora que nació el 22 de junio de 1950, contando con 70 años de edad.

Expone que laboró al servicio del Departamento de Antioquia entre el 14 de agosto de 1969 y el 23 de marzo de 1978, con las siguientes interrupciones: año 1969 de 3 días, 1970 de 3 días; 1971 de 6 días y en 1978 de 60 días.

Manifiesta que durante el tiempo que duró la relación laboral con el Departamento de Antioquia no fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en pensiones, por tanto, dicho período debe ser asumido por dicho ente territorial.

Indica que en el año 2017 se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A., donde sólo pudo cotizar 34.29 semanas y que no pudo seguir realizando cotizaciones al sistema de pensiones, toda vez que actualmente reside en Venezuela, país que atraviesa una difícil situación económica, razón por la cual solicitó a PROTECCIÓN S.A. la devolución de saldos para mitigar la difícil situación que está atravesando, manifestándole a dicha entidad la imposibilidad de seguir cotizando para obtener una pensión de vejez, sin embargo, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, objetó la emisión del bono pensional aduciendo que no había cotizado 500 semanas como lo manda el art. 61 de la Ley 100 de 1993 y el art. 18 del Dcto 3798 de 2003.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de la primera instancia despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, ordenando al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, cancelar el valor del BONO PENSIONAL por el periodo laborado por la actora entre el 14 agosto de 1969 y 23 marzo de 1978, descontando los periodos de interrupción. En consecuencia, condenó a dicha entidad a cancelar con destino a la cuenta de ahorro individual administrada por PROTECCIÓN S.A., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor del bono pensional y a PROTECCIÓN S.A., que, una vez recibidos los recursos por parte del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, proceda dentro de los 15 días siguientes a realizar la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para arribar a dicha decisión, adujo la a quo que la demandante no se encontraba excluida del régimen, conforme lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicha disposición señala, que lo serán en el caso de las mujeres, la que contaran con más de 50 años de edad, antes de entrar en vigencia el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, y en el caso de la actora, solo contaba con 43 años de edad al 01 de abril de 1994.

Indica, que incluso la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señalan que aun en el caso de las personas excluidas contempladas en la norma en mención, que no alcanzaron a cotizar 500 semanas en el RAIS y solicitan la devolución de saldos, tienen derecho no solo al pago de los bonos pensionales a que haya lugar, sino también a la devolución de saldos, incluyendo el bono.

De otro lado, señaló que la demandante no tenía el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez, o a la garantía de pensión mínima, por lo que, en su caso, le asistía derecho a la devolución de saldos, incluyendo el bono pensional que se ordenó pagar al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

3. DEL RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión, fue apelada por la apoderada del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, insistiendo en que la demandante realizó la afiliación al sistema general de pensiones en el RAIS cuando ya había alcanzado la edad de 67 años, y por lo tanto estaba dentro del grupo de personas excluidas de dicho régimen, salvo que decidiera cotizar las 500 semanas exigidas para poder solicitar la devolución de saldos, argumento que tiene sustento jurídico en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003 y en la circular externa 0032 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de Protección Social, pues de lo contrario, dichas personas no pueden negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, antes de las 500 semanas de cotización.

Aduce que la circular expedida por el Ministerio de Protección Social, señala que la restricción establecida en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, mantiene su validez frente a las personas que con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, cumplan en el caso de las mujeres 50 años y en el de los

hombres 55 años, ello con el fin de preservar las fuentes de financiación del sistema general de pensiones, por lo que en este caso, no se puede acceder a la pensión de vejez, ni a la devolución de saldos prevista en dicho régimen, hasta tanto se hayan cotizado por lo menos las 500 semanas.

También argumenta, que, la entidad al objetar la solicitud realizada por PROTECCIÓN, no lo hace por mero capricho, sino con argumentos legales y de obligatorio acatamiento, ya que el criterio de la entidad, es que no se puede pretender cambiar la indemnización sustitutiva ya causada por una devolución de saldos, incluido el valor de un bono pensional a cargo del Departamento de Antioquia, pues otorgarle un eventual devolución de saldos a la demandante, acarrearía una vulneración directa a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, dado que la entidad se vería avocada a asumir un monto superior al que realmente estaba obligada por concepto de indemnización sustitutiva que la demandante ya tenía consolidada, de manera que solo podría solicitar a la AFP la devolución de saldos, una vez cumpliera la obligación de cotizar 500 semanas y consecuentemente, PROTECCIÓN podría solicitar a las entidades contribuyentes el reconocimiento y redención del bono pensional a que tendría derecho su afiliada.

4. DE LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA allegó escrito de alegatos de conclusión, en el que manifestó lo siguiente:

“De conformidad con la historia laboral registrada en el aplicativo de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la señora CECILIA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO identificada con la cédula de ciudadanía número 32.459.478, se evidencia que la afiliación al Sistema General de Pensiones, en el Régimen de Ahorro Individual, se realizó el 02 de julio de 2017 (con fecha de la última cotización 01/06/2018) fecha en que ya había alcanzado la edad de 67 años, y por lo tanto, estaba dentro del grupo de personas excluidas de dicho régimen, salvo que decidiera cotizar las 500 semanas exigidas para poder solicitar la devolución de saldos. Argumento que tiene sustento jurídico en el literal b) del artículo 61 de la ley 100 de 1993, en el artículo 18 del decreto 3798 de 2003 y en la Circular Externa No. 0032 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de la Protección Social que indican:

El artículo 61 de la Ley 100 de 1993

"Personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad. Están excluidos del régimen de ahorro- individual con solidaridad:

a) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y

b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes".

El Artículo 18 del decreto 3798 de 2003, consagró:

"Artículo 18. Bonos pensionales para personas que deban cotizar 500 semanas. Las personas a que se refiere el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 tendrán la obligación de cotizar quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional/ para solicitar pensión o devolución de saldos, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, antes de las quinientas (500) semanas mencionadas".

El Ministerio de la Protección Social, expidió la Circular Externa No. 0032 del 23 de mayo de 2007, y al pronunciarse sobre el artículo 61 de la ley 100 de 1993, concluyó:

"De la norma transcrita y de la jurisprudencia que sobre el particular ha proferido la Honorable Corte Constitucional, se colige que la restricción establecida en la misma, mantiene su validez frente a las personas que con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, SGP, cumplan las edades señaladas. Lo anterior, tiene su fundamento en la preservación de las fuentes de financiación del -SGP-.

Aquellas personas que cumplieren la edad de 55 años para el caso de los hombres y 50 para las mujeres, y que de manera voluntaria deseen afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, podrán hacerlo en los términos del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, con el compromiso de cotizar 500 semanas en dicho régimen. Para el caso, es importante tener en cuenta que no se podrá acceder a la pensión de vejez, ni a la devolución de saldos, previstas en dicho régimen, hasta tanto se haya cotizado por lo menos las citadas 500 semanas"

En este sentido, es de resaltar que para la fecha en que la señora Cecilia de los Dolores Hincapié Restrepo se afilió al Régimen de Ahorro Individual, esto es, el 02 de julio de 2017, ya tenía consolidado el derecho a la prestación económica establecida en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001, toda vez que para dicha fecha ya contaba con 67 años de edad y pudo

haber solicitado al Departamento de Antioquia el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pero optó por afiliarse al Fondo de Pensiones Protección.

En este punto es necesario resaltar, que el Departamento de Antioquia, desde noviembre de 2017, viene reconociendo directamente la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a las personas que laboraron en la entidad, pero para el caso que nos ocupa, ya no sería procedente su reconocimiento, por encontrarse la señora Hincapié Restrepo, afiliada a Protección.

De las normas transcritas se puede afirmar, que la señora MARÍA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO, sólo podrá solicitar la devolución de saldos a la Administradora de Pensiones ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., una vez cumpla con la obligación de cotizar quinientas (500) semanas y consecuentemente, la AFP, podrá solicitar a las entidades contribuyentes en el bono pensional, el reconocimiento y redención del bono pensional, al que tendría derecho su afiliado.

Debe advertirse que la afiliación de la accionante al Fondo de Pensiones ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., tiene por objeto único y exclusivo, la posterior solicitud de devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, razón por la cual, el referido Fondo de Pensiones, solicita al Departamento de Antioquia, el pago del bono pensional correspondiente a los tiempos de servicio de la demandante al ente territorial, que en términos económicos presenta un valor inmensamente superior al que correspondería como pago por indemnización sustitutiva, lo cual ciertamente configura un detrimento patrimonial para el Departamento de Antioquia y un enriquecimiento sin causa en favor del Fondo de Pensiones, según corresponda.

Se aduce además en los alegatos, que no es casual que la señora MARÍA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO, solicitara su afiliación al Fondo de Pensiones ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. e igualmente, que éste procediera en efecto a su afiliación, pese a tener 67 años de edad y existir prohibición expresa de afiliación.

En este sentido, se insiste que al Departamento de Antioquia le correspondería eventualmente reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor del accionante de manera directa, en caso de decidirlo así el despacho, no así,

a través de la figura del bono pensional, que ciertamente resulta un pago desproporcional y que afecta el sistema de seguridad social que goza de protección constitucional.

Por todo lo anterior, las actuaciones del ente Territorial están ajustadas al ordenamiento jurídico, y, el reconocimiento de una suma de dinero que escapa a la órbita de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al presentarse la actuación de un tercero como ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., que interviene con la afiliación al sistema de la accionante y la posterior solicitud de la devolución de saldos a través de la figura del bono pensional, que tal como se ha insistido, es una figura que está diseñada en principio para financiar pensiones y no para pagar indemnizaciones o devolución de saldos, de ahí que en términos de dinero sea una carga desproporcionada para las entidades públicas.

Por todos los argumentos esbozados, le solicito honorable Magistrado que se revoque la sentencia apelada y por consiguiente niegue las pretensiones de la demanda.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si a la demandante le existe derecho a que se le efectúe devolución de saldos por parte de su administradora de fondo de pensiones del RAIS, incluyendo bono pensional a cargo del Departamento de Antioquia.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación y consulta de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, se consultará la sentencia de primer grado en favor de esta entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Pretende la accionante con esta acción judicial, que se ordene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, el reconocimiento y pago del bono pensional, con la consecuente devolución del mismo por parte de PROTECCIÓN S.A., a título de devolución de saldos, con el capital consolidado en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, decisión a la que accedió la *a quo*, pero que fue recurrida por el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, al considerar que en este caso a la demandante no le asiste derecho al pago del citado bono, pues cuando se afilió al sistema general de pensiones en el RAIS ya había alcanzado la edad de 67 años, y por lo tanto estaba dentro del grupo de personas excluidas de dicho régimen, salvo que decidiera cotizar las 500 semanas exigidas para poder solicitar la devolución de saldos, argumento que tiene sustento jurídico en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003 y en la circular externa 0032 del 23 de mayo de 2007 del Ministerio de Protección Social, y cuando se afilió a PROTECCIÓN S.A., ya tenía causado el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Respecto de la última parte del argumento anterior, en los alegatos de segunda instancia, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, aduce, que es de resaltar que para la fecha en que la señora Cecilia de los Dolores Hincapié Restrepo se afilió al Régimen de Ahorro Individual, esto es, el 02 de julio de 2017, ya tenía consolidado el derecho la prestación económica establecida en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001, toda vez que para dicha fecha ya contaba con 67 años de edad y pudo haber solicitado al Departamento de Antioquia el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pero optó por afiliarse al Fondo de Pensiones Protección, afiliación que tiene por objeto único y exclusivo, la posterior solicitud de devolución de saldos de su cuenta de ahorro individual, con el pago del bono pensional correspondiente a los tiempos de servicio de la demandante al ente territorial, que en términos económicos presenta un valor inmensamente superior al que correspondería como pago por indemnización sustitutiva, lo cual ciertamente configura un detrimento patrimonial para el Departamento de Antioquia.

Se indica además, que, no es casual que la señora MARÍA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO, solicitara su afiliación a PROTECCIÓN S. A. e igualmente, que éste procediera en efecto a su afiliación, pese a tener 67 años de edad y existir prohibición expresa de afiliación.

Para resolver en esta instancia, es necesario indicar, que se encuentra probado que la actora nació el 22 de junio de 1950, conforme a la copia del Registro Civil de Nacimiento que milita a folio 65 del archivo N° 1 del expediente digital de primera instancia, lo que significa que para el 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad, por lo que no aplica para su caso la prohibición o restricción establecida en el Art. 61 de la Ley 100 de 1993, sobre afiliación al RAIS, por lo que este argumento de la apelación del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, no encuentra eco en la Sala, para revocar la sentencia de primera instancia.

No obstante lo anterior, en la apelación del referido ente territorial y en favor del cual se debe consultar la sentencia de primera instancia conforme al Art. 14 de la Ley 1147 de 2007, se hace mención a que la actora, no se puede pretender cambiar la indemnización sustitutiva ya causada por una devolución de saldos, incluido el valor de un bono pensional a cargo del Departamento de Antioquia, dado que la entidad se vería avocada a asumir un monto superior al que realmente estaba obligada por concepto de indemnización sustitutiva que la demandante ya tenía consolidada.

Igualmente, en los alegatos de segunda instancia, se hace mención a una prohibición de la actora para afiliarse a PROTECCIÓN S.A.

Así, se encuentra probado que la actora laboró al servicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA entre el 14 agosto de 1969 y el 23 marzo de 1978, descontando los periodos de interrupción, sin cotizaciones a ninguna caja o fondo de pensiones, ello según da cuenta la documental obrante a folios 49 a 55 del archivo N°1 del expediente digital de primera instancia.

También se encuentra acreditado que la demandante se afilió al sistema de seguridad social en pensiones administrado por la AFP PROTECCIÓN el 01 de julio de 2017, según se observa del documento de afiliación de folios 26 a 27 del archivo N°6 del expediente digital de primera instancia.

En relación con lo anterior, no se puede pasar por alto que como lo tiene definido la Sala, al estudiar los procesos de ineficacia de afiliación al RAIS, por omisión en la debida asesoría al momento del traslado, quienes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con tiempos servidos en el sector públicos, son beneficiarios del régimen pensional de prima media con prestación definida, a cargo de la entidad

pública en la cual laboraban, la que tiene cargo las prestaciones pensionales conforme a las norma legales aplicables en cada entidad pública, es decir la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o cualquier otra Ley que sea aplicable.

Igualmente, la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como del Consejo de Estado, tiene establecido, que quienes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con tiempos servidos en el sector públicos, son beneficiarios del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, para aplicarles las normas legales pensionales del sector público.

Así entonces, la afiliación de la demandante al RAIS en el año 2017, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., implicó un traslado de régimen pensional, el que para el referido año estaba prohibido conforme al mandato del artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que proscribía el traslado de régimen pensional, al afiliado que le faltan menos de diez años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, encontrándose que en el caso de la accionante cuando se afilió al RAIS, a través de PROTECCIÓN S.A., ya contaba con 67 años de edad, es decir con diez años más de la edad mínima para acceder a una pensión de vejez lo que conlleva además que cuando se afilió al RAIS, ya tenía consolidado el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que establece el artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001, cuya exigibilidad solo estaba condicionada a su manifestación de su imposibilidad de seguir cotizando al sistema pensional.

Conforme lo anterior, considera la Sala que la afiliación de la actora al RAIS, transgredió la norma legal, que prohíbe el traslado de régimen pensional, y por ello tal afiliación no surte efecto legal alguno, al menos respecto de terceros distintos a la AFP que aceptó la afiliación, y en consecuencia, no se genera a cargo del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, el reconocimiento de bono pensional, pues el derecho a este solo nace ante una afiliación legal de un trabajador al RAIS.

Y es que la Sala, comparte el criterio del Departamento de Antioquia, que una persona que ya haya cumplido los requisitos para acceder a una determinada prestación que le otorga uno de cualquiera de los dos regímenes pensionales, no puede afiliarse al otro, para aprovecharse de otra prestación más favorable, como la en este caso, la devolución de saldos, con bono pensional, que es evidentemente mucho más onerosa para el Departamento de Antioquia, que la indemnización

sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1730 de 2001

Tampoco podría una afiliación irregular, desmejorarle al trabajador la prestación ya causada en cualquier de los dos regímenes, como sería el caso de quien causó el derecho a una devolución de saldos en el RAIS, y se traslada irregularmente la RPMPD, en el que solo puede obtener una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, inferior a la devolución de saldos a la que ya tenía derecho, o desconocerle el derecho ya causado a la garantía de pensión mínima con 1150 semanas cotizadas por trasladarse ilegítimamente al RPMPD.

Ahora, no desconoce la Sala, que, ante una afiliación irregular, la AFP bien sea del Régimen de Ahorro Individual o del Régimen de Prima Media, que la admitió, queda obligada a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, pero no puede la afiliación ilegal, surtir efectos negativos respecto de terceros que no participaron en la misma.

En relación con lo anterior, la AFP que la admitió la afiliación, tampoco puede desconocer los aportes pensionales que recibió del trabajador, y por ello en el caso del RAIS, debe realizar la devolución de saldos de las cotizaciones, por lo que se mantendrá la condena de la *a quo*, a la devolución de saldos, respecto de las cotizaciones que realizó la demandante en la AFP PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, como en este caso demostró la accionante haber manifestado a la AFP PROTECCIÓN S.A., su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, tal y como se extrae de la documental de folio 17 y 18 del archivo N°1 del expediente digital de primera instancia, resulta viable CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por encontrarse ajustada a derecho, en el sentido la obligación de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución de saldos, pero como ya se anotó, solo respecto de las cotizaciones que realizó la demandante en la AFP PROTECCIÓN S.A.

En lo concerniente al tiempo servido por la accionante al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, podrá solicitarle a esta entidad el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y si no le es otorgada, podrá recurrir a la justicia para que decida sobre su derecho.

Sin costas en esta, ni en la primera instancia a cargo del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, por haber prosperado su recurso de apelación.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de septiembre de 2020 proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido la señora **CECILIA DE LOS DOLORES HINCAPIÉ RESTREPO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**, pero solo en cuanto a que **PROTECCIÓN S.A.**, está obligada a realizar la devolución de saldos de su cuenta de ahorro pensional, respecto de las cotizaciones que realizó la demandante a esta entidad.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó al **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**, a reconocer y pagar bono pensional a favor de la demandante, sin perjuicio que esta pueda solicitarle a esta entidad el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y si no le es otorgado podrá recurrir a la justicia para que decida sobre su derecho.

TERCERO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias a cargo del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, por lo que se **REVOCA** las que le fueron impuestas en primera instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

**Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **39fc5580a807734dd4b5ac17aafafa59ac33e20f7656df020da6481b22fb8974**

Documento generado en 12/04/2024 02:04:10 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**