

TEMAS: PROHIBICIÓN DE MOVILIDAD ENTRE RÉGIMENES- el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. / **DEVOLUCIÓN DE SALDOS** – hay lugar al reintegro de los aportes realizados debidamente indexados en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de la moneda y el derecho de la actora a percibir el monto real de lo debido.

TESIS: al no haber efectuado selección del régimen público ni del privado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que lo que ocurrió para el 06 de octubre de 2020, cuando suscribió formulario de vinculación a Protección, correspondió en realidad a un traslado, al contar con 62 años, estaba inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, contaba con la edad para pensionarse, por tal, no le era posible efectuar movilidad entre regímenes, se confirma la sentencia de primer grado (...) En sentencia C-1024 de 2002, se señala que la limitación “resulta razonable y proporcional en aras a lograr un fin consistente en asegurar la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.” (...) sí hay lugar a que Protección S.A., le reintegre a la actora los aportes realizados debidamente indexados en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de la moneda y el derecho de la actora a percibir el monto real de lo debido, sin incluir, el bono pensional. (...)

M.P LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL

FECHA: 14/07/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Sobeida Amparo Buriticá Zuluaga
DEMANDADO	AFP Protección S.A.
Litisconsortes necesarios por pasiva	Nación - Ministerio de Hacienda y crédito público
PROCEDENCIA	Juzgado 017 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 017 2022 00513 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 129 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Devolución de saldos – demandante se vinculó al RAIS en el 2017, cuando contaba con 64 años.
DECISIÓN	Revoca y confirma

Hoy, **catorce (14) de julio de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Claudia Angélica Martínez Castillo y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación presentado por el apoderado de la señora **Sobeida Amparo Buriticá Zuluaga**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario que promoviera esta en contra de **Protección S.A.**, al que fue vinculada como Litisconsorte necesario por pasiva la **Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **017 2022 00513** 01.

Auto: en los términos y para los efectos indicados en la documentación aportada vía correo electrónico, se le reconoce personería jurídica a la abogada Sandra Margarita Acosta García, para que continúe con la representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de las restantes integrantes el proyecto discutido y aprobado en acta N° **017**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones de la demandante se orientan a que se condene a Protección S.A. a la devolución de saldos, incluyendo las 12,86 semanas aportadas a dicho fondo, los rendimientos financieros y, el tiempo laborado a la E.S.E. Hospital Presbítero Alonso María Giraldo, entre el 06 de diciembre de 1974 y el 15 de diciembre de 1978. También solicita el pago de intereses, indexación y costas.

En sustento de ello, afirma que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., pero la entidad no le ha realizado la devolución de saldos por las 12,86 semanas aportadas a dicho fondo, junto el bono pensional por el tiempo laborado en el sector público sin cotización, entre el 06 de diciembre de 1974 y el 15 de diciembre de 1978. Que nació el 19 de diciembre de 1957 y que el 29 de junio de 2021 pidió la devolución de saldos, pero hasta el momento no ha recibido dicha prestación dadas las dilaciones de la entidad.

En auto del **19 de diciembre de 2022**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificada **Protección S.A.** dentro del término para ello, allegó escrito de contestación, aceptando la afiliación de la demandante al fondo a partir del 06 de octubre de 2020. También reconoce la fecha de nacimiento de la señora Sobeida y la solicitud de devolución de saldos, la cual fue respondida mediante comunicación del 17 de agosto de 2021. Niega los demás supuestos, aclarando que actúa únicamente como intermediaria entre el afiliado y la Oficina de Bonos

Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no emite ni efectúa pagos de bonos pensionales, por lo que se debe acoger a la información proporcionada por tal dependencia a través de sus aplicativos, donde se registra el siguiente error: **"LA NACION NO PARTICIPA EN EL BONO PENSIONAL" y "EL AFILIADO (A) YA TENIA LA EDAD DE PENSION DE RPM EN EL MOMENTO DE LA PRIMERA AFILIACION AL RAIS"**. Que de acuerdo con la Circular Externa 032 de 2007 emitida por el Ministerio de Protección Social, la Administradora de Fondos de Pensiones está obligada a cumplir con la interpretación realizada por dicha entidad sobre el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, esto es, que los hombres de 55 años y las mujeres de 50 años que se afilien al régimen y no coticen 500 semanas no tendrán derecho a que sus aportes sean considerados para la prestación de vejez, ni para la subsidiaria de devolución de saldos. **Resistió las pretensiones**, expuso los hechos y razones de defensa, y formuló la **excepción previa** de falta de integración de Litis consorcio necesario, y las **de fondo** de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; buena fe, compensación, prescripción, cosa juzgada, falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada o genérica.

En proveído del 15 de febrero de 2023, se dio por contestada la demanda, y se ordenó la **integración como litisconsortes necesario por pasiva de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, entidad que una vez enterada dio respuesta, reconociendo la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual y, la data en que nació. Los restantes hechos no le constan, no obstante, señaló que la Oficina de Bonos Pensionales emitió concepto en el cual se llegó a las siguientes conclusiones frente a la actora:

"b) Si tenemos en cuenta que, los únicos tiempos con los que contaba la demandante antes de su "IRREGULAR" afiliación al RAIS, eran los laborados al

servicio de la E.S.E. HOSPITAL PRESBITERO ALONSO MARIA GIRALDO DE SAN RAFAEL - ANTIOQUIA (SIN Cotizaciones a ninguna Caja, Fondo o entidad de previsión social según certificación laboral CETIL No. 202008891982128000890001 de fecha 18 de agosto de 2020 y de la cual se adjunta copia), la señora SOBEIDA AMPARO BURITICA ZULUAGA tenía derecho a efectuar su solicitud de beneficio pensional (pensión o indemnización sustitutiva) a los 57 AÑOS DE EDAD, es decir, después del 19 DE DICIEMBRE DE 2014. c) Acorde con lo anterior, la señora SOBEIDA AMPARO BURITICA ZULUAGA para el momento de su vinculación al RAIS con la AFP PROTECCION, YA HABIA CONSOLIDADO SU DERECHO PENSIONAL, INDEPENDIENTEMENTE DE CUAL FUESE EL BENEFICIO A OTORGAR (PENSION O INDEMNIZACION SUSTITUTIVA) y por lo tanto, lo que procedía en este caso es que la demandante hubiese radicado ante la E.S.E. HOSPITAL PRESBITERO ALONSO MARIA GIRALDO DE SAN RAFAEL – ANTIOQUIA o la entidad que hoy día haga sus veces, la solicitud para el reconocimiento del beneficio pensional que "EN DERECHO" le correspondía, en este caso, la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez."

Presentó **oposición a la prosperidad de las pretensiones**, bajo el argumento de no ser la competente para dar cumplimientos a las solicitudes, y formuló las excepciones de falta de competencia, genérica y buena fe.

La primera instancia culminó con **sentencia**, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito el **11 de mayo del año en curso**, absolviendo a Protección S.A. y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – OBP, de las pretensiones incoadas por la demandante. Implícitamente se consideraron resueltas las excepciones y se decidió no imponer costas a la demandante. Además, ordenó la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación para investigar la posible conducta penal de fraude por parte de la empresa **PORTAL DEL SERVICIO S.A.S.**, representada por el señor Edilson de Jesús Arias, y se solicitó a la Comisión Disciplinaria que investigue el comportamiento del apoderado Francisco Giraldo Luna.

La jueza argumentó que la elección del régimen pensional es libre, pero existen limitaciones para aquellos que les falten menos de 10 años para adquirir la pensión, ya que no pueden cambiar de régimen. Además, una vez seleccionado se debe mantener durante al menos 5 años. Destacó

que los servidores públicos frente a los cuales no se efectuaban cotizaciones se entienden afiliados al régimen de prima media y que el artículo 61 de la Ley 100, establece cuales son las personas excluidas del cambio de régimen, encontrando que la actora estaba inmersa en dicha prohibición al contar con más de 50 años, y si bien hay personas que se pueden afiliar al RAIS en cualquier momento. ello solo ocurre cuando no se haya tenido una inscripción previa, supuesto que no supera la actora, pues, la misma estaba inmersa en el régimen de prima media, por tal, el acto de trasladarse a Protección es ineficaz.

Resalta que fue el abogado Francisco Giraldo Luna, según respuesta brindada en el interrogatorio de la señora Sobeida, quien le indicó que debía pagar algunos meses en el régimen de ahorro individual para poder recuperar el dinero no cotizado. Además, se realizaron aportes a través de la empresa Portal de Servicio, la cual ha estado involucrada en otros procesos con la misma cantidad de semanas cotizadas y con pretensiones idénticas. Por tanto, ordenó remitir el caso a la Fiscalía para que investigue posibles conductas delictivas por parte de dicha empresa, así como a la Comisión de Disciplina para que también indague sobre el comportamiento del abogado que apoderada al demandante.

Inconformes con la anterior decisión, **la parte actora interpuso recurso de apelación**, manifestando que al realizarse el análisis del interrogatorio, se llega a una conclusión distinta a la de la juez, en tanto, a pesar de que el abogado Francisco le indicó que aportara por tres meses en el RAIS, se afirma que recibió asesoría de él y que decidió cotizar por cuenta propia. Además, alega que trabajaba para su hermana, y que los aportes los realizaba ella misma a través de la empresa "El Portal del Servicio", lo cual, no es ilegal, en tanto, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece pueden ser efectuados por terceros a favor del

afiliado, sin que esto genere una relación laboral, por lo tanto, no se puede considerar como un fraude procesal.

Argumenta que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía el régimen de ahorro individual, y que el artículo 128 de esta Ley establece una distinción entre las personas afiliadas y las que no lo están, encontrándose la actora en este último supuesto, ya que el CETIL indica que no hubo aportes a una entidad y que el tiempo laborado estaría a cargo de la misma Empresa Social del Estado como bono pensional, y no como indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Esto sugiere un vacío normativo, ya que la demandante no tenía afiliación previa al sistema de pensiones.

Destaca que eligió libremente afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y seleccionó a Protección S.A. sin ninguna presión u obligación, por tanto, su afiliación inicial fue a dicho régimen y no al de prima media con prestación definida.

En caso de que no se conceda la devolución de saldos, solicita el reconocimiento de indemnización sustitutiva.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso **Protección S.A.**, argumentando que la afiliación de la demandante a fue ineficaz debido a su exclusión del RAIS según lo establecido en la Ley 100 de 1993. Además, señala un posible fraude al sistema pensional por parte del apoderado de la demandante, quien habría inducido a la actora a buscar una devolución de saldos a pesar de que ya había accedido a la indemnización sustitutiva por vejez. Mencionan otros casos similares en los que se observa un patrón de fraude contra el sistema pensional. En consecuencia, se solicita que se mantenga la absolución y se niegue el derecho a la devolución de saldos pretendida.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, afirma que no es competente para determinar los derechos pensionales de la demandante y frente a los mismos, corresponde es a Colpensiones realizar los trámites administrativos a que haya lugar, careciendo de sentido la vinculación de la entidad.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados en los autos se tienen: que la señora Sobeida Amparo Buritica **nació el 19 de diciembre de 1957, laborando al servicio de la E.S.E. Hospital Presbítero Alonso María Giraldo, entre el 06 de diciembre de 1974 y el 15 de diciembre de 1978**, periodo que según certificado de tiempos laborados emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda está a cargo de dicha institución; que **se afilió al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A. el 06 de octubre de 2020**, efectuando pagos por un total de 12,86 semanas.

De acuerdo con el recuento realizado y los argumentos de la apelación, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de invalidez de la afiliación de la demandante al RAIS a través de la AFP Protección S.A., al haberse efectuado cuando acreditaba 62 años, tal y como lo determinó la a quo, o si la razón está de parte de la actora y lo procedente es disponer una devolución de saldos con la inclusión del bono pensional. En caso de confirmarse el pronunciamiento revisado, se analizará la procedencia de la indemnización sustitutiva por el empleador y devolución **de aportes** por la AFP.

Pues bien, debe decirse que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el sector público colombiano existían multiplicidad de regímenes pensionales que permitían la afiliación a diferentes cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales (ISS), o incluso, las entidades públicas asumían el reconocimiento de las prestaciones; situación que fue unificada con el Sistema General de Pensiones, en el que se diseñaron los dos regímenes coexistentes pero excluyentes entre sí, esto es, el de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Así, para dar lugar a estos sistemas, en el artículo 52 de la citada ley, el legislador estableció que la dirección del RPMPD estaría en cabeza del ISS, hoy Colpensiones, pero autorizó que las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público continuarían administrado dicho régimen *"respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley"*.

De acuerdo con ello, al ser la ESE Hospital Hospital Presbítero Alonso María Giraldo, la entidad que se encargaba del pago de las prestaciones, esta entidad fue administradora al RPMPD, por mandato expreso del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, prestándole la actora servicios hasta el 15 de diciembre de 1978, y al no haber efectuado selección del régimen público ni del privado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que lo que ocurrió para el 06 de octubre de 2020, cuando suscribió formulario de vinculación a Protección, correspondió en realidad a un traslado, ya que la E.S.E., se itera, fue su administradora en el RPM, encontrándose así, para dicha data, **al contar con 62 años**, al haber nacido el 19 de diciembre de 1957, inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, dado que estableció que *"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la*

*vigencia de la presente ley, **el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**".*

La anterior limitación fue objeto de control constitucional por los cargos de violación del derecho de igualdad y por menoscabar las libertades de los trabajadores, indicando el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en sentencia C-1024 de 2002, que la misma resulta razonable y proporcional en aras a lograr un fin consistente en asegurar la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, explicando

...el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

Y si bien es cierto, la señora Sobeida Amparo no se encontraba enlistada en la exclusión regulada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en cuanto determinó que "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.", en tanto, para dicha calenda la misma no alcanzaba los 36 años, también lo es, como ya se expuso, que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003,

para el 06 de octubre de 2020, ya contaba con la edad para pensionarse, por tal, no le era posible efectuar movilidad entre regímenes, por consiguiente, **se confirma la sentencia de primer grado**, en cuanto declaró la invalidez de la afiliación al régimen de ahorro individual.

No obstante, contrario a lo expuesto por la juez de conocimiento si hay lugar a que Protección S.A., le reintegre a la actora los aportes realizados debidamente indexados en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de la moneda y el derecho de la actora a percibir el monto real de lo debido, **sin incluir**, el bono pensional, punto en el que se revoca la sentencia.

Frente a la solicitud tendiente a que se reconozca la indemnización sustitutiva, baste decir que ello no fue objeto de pretensión, **y por tal razón no fue vinculada al trámite la entidad en la que recae su otorgamiento, que para el caso lo es la ESE Hospital Pbro. Alonso María Giraldo**, luego a pesar de ser tal prestación un derecho fundamental irrenunciable, por disposición expresa del artículo 48 Superior, no es viable imponer condena, toda vez que se vulneraría el debido proceso a la referida entidad.

Sin costas en esta instancia al no haberse causado. Art. 365 -8 CGP.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca parcialmente** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Sobeida Amparo Buritica Zuluaga**, en contra de **Protección S.A.**, al que se vinculó como litisconsorte necesaria por pasiva a la **Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para condenar **a la AFP Protección**

S.A. a devolver a la demandante los aportes realizados al RAIS debidamente indexados. **Se confirma en lo demás.**

Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaría por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

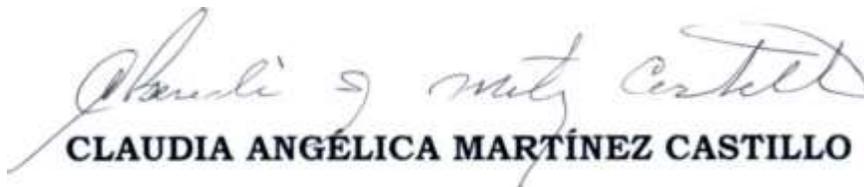
Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO