

TEMA: BONO PENSIONAL - Representa las cotizaciones que en su momento fueron hechas por los empleadores privados y el trabajador al ISS, el bono pensional si bien, es título de deuda pública, también hace parte de las regulaciones y figuras propias del Sistema General de Pensiones y su finalidad, consiste en contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social. / **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** – Es legalmente viable que antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se tuviera otros vínculos laborales de carácter privado, realizara cotizaciones al Sistema General del Pensiones, en cualquiera de sus dos regímenes, lo que implica per se, acceder a las prestaciones del sistema compatible con la pensión, que reciba del Fondo del Magisterio, quiere decir que le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado. /

HECHOS: A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de la nulidad de la afiliación realizada por Protección S.A. y seguidamente se le condene al reconocimiento y pago de la devolución de aportes e intereses moratorios por la no devolución oportuna de saldos; se condene al MHCP al reconocimiento y pago del valor del bono pensional e intereses de mora y que se indexen las sumas por las cuales sean condenadas las demandadas. En primera instancia se declaró la ineficacia de la decisión de la AFP Protección de declarar la nulidad de la vinculación del demandante, encontrándose en consecuencia, actualmente válidamente afiliado al RAIS sin solución de continuidad; se ordenó a Protección S.A. iniciar ante el Ministerio De Hacienda Y Crédito Público los trámites para la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional a favor del demandante por los tiempos cotizados al ISS. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si el demandante no podía afiliarse al RAIS dada su vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TESIS: (...) El artículo 15 inciso primero de la Ley 100 de 1993 establece, que son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esa ley, dentro de los cuales se encuentran los regímenes exceptuados, entre ellos, el consagrado en el inciso segundo del artículo 279 de la misma ley, que estableció: “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 (...)”. (...) Aunque, con la expedición de la Ley 812 de 2003 se determinó que los docentes que se lleguen a vincular con posterioridad a su vigencia, se regirían por el régimen establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con lo cual se equipara su tratamiento a los demás servidores en general, sean públicos o privados, resaltando, que con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, se dispuso desde su entrada en vigencia, que no podrían existir regímenes especiales ni exceptuados, con la salvedad de los regímenes especiales de los militares y el de la Presidencia de la República. (...) De lo anterior, se desprende que era legalmente viable que un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que tuviera otros vínculos laborales de carácter privado, realizara cotizaciones al Sistema General del Pensiones, en cualquiera de sus dos regímenes, lo que implica per se, acceder a las prestaciones del sistema compatible con la pensión, que reciba del Fondo del Magisterio. (...) Igualmente, importa recordar que respecto de los afiliados al FOMAG, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece lo siguiente: “Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado

por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.” (...) El recurrente alega que este artículo debe mirarse en su tenor literal, constituyendo para los docentes afiliados al FOMAG, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, el deber imperativo de acumular sus cotizaciones en este fondo en tanto que fueron incorporados al RPM solo cuando se expidió la Ley 812 de 2003. Argumento, que no es de recibo por parte de esta Sala, pues se reitera, antes de la vigencia de dicha Ley, era válido que el demandante, un estando afiliado al FOMAG, también pudiese cotizar al sistema general de pensiones; además, lejos de hacerse una interpretación literal, como lo pide el apelante, el sentido correcto que debe extraerse del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, es el de señalar que tal precepto no es de manera alguna un imperativo legal, sino una facultad otorgada a los docentes oficiales para elegir al FOMAG como la administradora de los aportes del sector privado o, por el contrario, una de las administradoras de cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones. Esta ha sido la intelección que a la norma en mención le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Providencia SL2383 de 2022. (...) Por otra parte, se alega en el recurso, que el a quo no tuvo en cuenta la incompatibilidad del artículo 128 de la Constitución Política, el cual establece que “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”. Sin embargo, debemos señalar, que los recursos con los cuales se reconocen las prestaciones que otorga el régimen de prima media, al provenir de los aportes de empleadores y trabajadores, no tienen la calidad de dineros correspondientes al erario, así lo establece el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando indica que “Los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”. (...) Por añadidura, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en la especialidad laboral, ha enseñado que el reconocimiento de la pensión de jubilación y el pago del bono pensional no constituye una doble asignación a cargo del tesoro público, en la medida que este último representa las cotizaciones efectuadas al ISS a través de empleadores privados. SL1127 de 2022. (...) Conforme las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, se confirmará la sentencia de primera instancia apelada y consultada en favor de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...)

M.P: FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 29/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintinueve (29) 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 el señor **SIMÓN ALEXIS ORTIZ ARISTIZÁBAL** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (en adelante MHCP), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-021-2018-00297-01**.

Al presente proceso, si bien fue vinculada la FIDRUPREVISORA S.A., en su condición de vocera del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG), fue desvinculada mediante decisión del Juzgado en la etapa de saneamiento de la audiencia llevada a cabo el 15 de diciembre de 2020.

AUTO

Se observa en memorial que antecede, escrito mediante el cual, el abogado JUAN LEONARDO ÁLVAREZ ARÉVALO portador de la T.P. 213.916 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, presenta alegatos de conclusión.

Para el efecto, aporta poder conferido por Sandra Mónica Acosta García en calidad de delegada del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público tal como se extrae de la Resolución 0849 de 2021.

En atención a lo anterior, se le confiere personería al Dr. JUAN LEONARDO ÁLVAREZ ARÉVALO, para actuar como apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en este proceso.

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, el demandante pretende se declare la ineficacia de la nulidad de la afiliación realizada por PROTECCIÓN S.A. y seguidamente se le condene al reconocimiento y pago de la devolución de aportes e intereses moratorios por la no devolución oportuna de saldos; se condene al MHCP al reconocimiento y pago del valor del bono pensional e intereses de mora y que se indexen las sumas por las cuales sean condenadas las demandadas.

Como fundamentos de hecho de sus pretensiones, manifiesta el actor, que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el ISS –hoy COLPENSIONES, el 15 de marzo de 1977.

Relata, que fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como docente nacional por el Departamento de Antioquia desde el 29 de julio de 1980, quedando vinculado al sector educativo oficial bajo el régimen especial del magisterio.

Expone, que después de haber realizado aportes a pensiones a través del sector privado en el ISS, el 1° de agosto de 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., para continuar con su empleador particular de ese entonces que era la Universidad de Antioquia, afiliación que fue efectiva desde el 1° de octubre de 1999 hasta el 14 de octubre de 2016, fecha hasta la cual realizó aportes como docente particular, sin que PROTECCIÓN advirtiera invalidez o imposibilidad de continuar recibiendo los recursos.

Manifiesta, que estando realizando sus cotizaciones a PROTECCIÓN S.A. y habiendo recibido su jubilación como docente del sector oficial, no fue notificado sobre alguna situación de incompatibilidad en ambos regímenes pensionales.

Señala, que al contar con 62 años, solicitó la devolución de saldos a PROTECCIÓN S.A., pero mediante comunicación del 18 de noviembre de 2016 se le informa que se procedería a anular la afiliación por no ser válida debido a su vinculación en el servicio público educativo oficial, sin que pudiera estar en una entidad diferente al magisterio.

Relata, que el 23 de noviembre de 2016 se le informó por parte de la Secretaría de Educación de Medellín que para el reconocimiento de la pensión no se tuvieron en cuenta los aportes realizados a PROTECCIÓN S.A. y se le aplicó la Ley 33 de 1985, en la cual, no se pueden computar tiempos privados.

Indica, que según respuesta de PROTECCIÓN S.A. del 7 de diciembre de 2016, era posible la simultaneidad de afiliaciones en el Fondo del Magisterio y en el Sistema General de Pensiones, teniendo como fecha límite el 31 de julio de 2010 y en este caso, la afiliación simultánea tuvo lugar entre el 15 de febrero de 1980 a noviembre de 2011; igualmente, le aclara que si la vinculación al Fondo del Magisterio es anterior al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el consagrado en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, por lo que la pensión es compatible con las prestaciones económicas de dicho régimen, existiendo así una contradicción entre las dos respuestas emanadas de PROTECCIÓN el 18 de noviembre de 2016 y el 7 de diciembre de 2016.

Narra, que el 18 de enero de 2017, PROTECCIÓN S.A., le manifestó que su afiliación no era válida; mediante comunicado del 24 de octubre de ese mismo año, le informó que inactivaría su cuenta y trasladaría los aportes a la FIDUPREVISORA por valor de \$77.938.281, y que mediante comunicado del 3 de noviembre de 2016 le indicó que el bono pensional actualizado y capitalizado a 3 de noviembre de 2016, ascendía a la suma de \$54.102.935 que reposa en la Oficina de Bonos Pensionales del MHCP.

Indica, cotizó un total de 398.43 semanas equivalentes a 7.6 años aproximadamente, con un saldo generado en la cuenta de ahorro individual de \$52.868.447.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 15 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la decisión de la AFP PROTECCIÓN de declarar la nulidad de la vinculación del demandante, encontrándose en consecuencia, actualmente válidamente afiliado al RAIS sin solución de continuidad. Así mismo, le ordenó a PROTECCIÓN S.A. iniciar ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en el término no superior a ocho (8) días luego de la ejecutoria de la decisión, los trámites para la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional a favor del demandante por los tiempos cotizados al ISS.

Para imponer las condenas, el juez argumentó no compartir los argumentos de las demandadas toda vez que no está prohibido a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vincularse al sistema integral de seguridad social, conforme se concluye del artículo 279 Ley 100 de 1993; lo que se prohíbe es que las cotizaciones por las labores desarrolladas al servicio del magisterio, se hagan al sistema integral de seguridad social, posición que es reiterada de manera pacífica por la Corte Suprema de Justicia y también tiene soporte en el Decreto 692 de 1994 que reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, estableciendo en el art 31 de manera expresa, la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de los profesores.

Argumenta que los dineros con los que la Nación y el Instituto de Seguros Sociales, pagan las prestaciones, no tienen calidad de asignación proveniente del tesoro público, ya que provienen de los aportes realizados por empleadores y trabajadores; aun cuando el financiamiento del bono pensional, se haga con recursos públicos de la Nación, no se puede olvidar que ese bono es una retribución, reconocimiento o acto de devolución al trabajador, de los aportes realizados por él o su empleador durante su vida laboral. Señala que acoger la posición de las demandadas, sería patrocinar un enriquecimiento sin causa, al recibir los aportes, sin que el Estado adquiriera ninguna obligación.

En razón de lo anterior, es compatible percibir la pensión de jubilación del FONPREMAG y la remuneraciones o pensiones de cualquier otro sector, siendo La afiliación del demandante al RAIS en la AFP PROTECCIÓN S.A. válida y sin solución de continuidad.

En relación con la expedición del bono pensional, indica que el problema en este caso se generó por la decisión adoptada por PROTECCIÓN S.A. de anular la afiliación al RAIS, haciendo imposible para el MINISTERIO DE HACIENDA adelantar las gestiones de liquidación, emisión y expedición del bono pensional por los aportes realizados ante el seguro social. El artículo 121 de la Ley 100 de 1993 consagra de manera expresa que LA NACIÓN es la responsable de bonos pensionales a los afiliados al sistema general de pensiones cuando la responsabilidad corresponda al ISS, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades. Conforme El decreto 656 de 1994 artículo 20, le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones a las que este afiliado el solicitante el trámite del bono pensional, en este caso a PROTECCIÓN S.A., ante el Ministerio de Hacienda.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado judicial del MHCP, argumentando que el Despacho no interpreta de manera correcta el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; el inciso segundo de este artículo, que habla de las excepciones a la vinculación al sistema general de pensiones, dice que se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio lo que quiere decir que hay una imposibilidad legal para vincularse al RAIS como ocurrió en el presente caso, para percibir las prestaciones que dicho régimen otorga y cambiar la indemnización sustitutiva que le hubiese reconocido el Instituto de Seguros Sociales, por un bono pensional el cual, dada su actualización y capitalización, es mucho mayor que una indemnización sustitutiva la cual únicamente se reconoce con una simple actualización por parte de COLPENSIONES.

Alega, que se aparta de la posición del despacho cuando señaló que, si no se reconocen las cotizaciones efectuadas en el sector privado a través de un bono pensional, se enriquece de manera injusta el Estado; no es verdad porque esas cotizaciones deben reclamarse por la vía legal, a través de la solicitud correspondiente al Instituto de Seguros Sociales. Argumenta que el bono no se financia con las cotizaciones sino única y exclusivamente con recursos públicos que provienen del presupuesto general de la nación, de manera que las cotizaciones que se hicieron al Instituto de Seguros Sociales, están en el fondo común de dicha entidad. Si en este momento se solicita el reconocimiento de una indemnización sustitutiva por esas cotizaciones, posiblemente prosperaría, pero como está afiliado al RAIS, esto no va a operar; aunque el sentido común y lógico para reclamar esas cotizaciones sin que haya un enriquecimiento sin justa causa, es a través de la indemnización sustitutiva.

Aduce que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia conforme la cual, las cotizaciones que en su momento se hicieron al ISS, se devuelven a través del bono pensional, no hacen parte de los recursos públicos, no aplica porque se está hablando de cotizaciones que se quedaron en el fondo común del seguro social y no hacen parte de los recursos que componen el bono pensional, que son el salario base con la correspondiente actualización y capitalización a la fecha de redención; esto es, aplicando intereses reales y actualización desde el momento de la redención normal del bono pensional hasta la fecha de pago, componentes cuya fuente son los recursos del presupuesto general de la nación.

Indica que dentro de las partidas presupuestales de la ley anual de presupuesto, está la partida del sector hacienda, dentro de la cual se incluye una sub partida para la oficina de bonos pensionales para efectos del reconocimiento y pago de los mismos.

Esos recursos públicos no tienen fuente en las cotizaciones de manera que hay una incompatibilidad, porque los recursos con los que se paga la pensión de jubilación del docente, también provienen del presupuesto general de la nación y así lo establece la ley 91 de 1989 conforme la cual el fondo de prestaciones sociales del magisterio es una cuenta especial de la nación, entonces, tanto esa cuenta, como el bono pensional se reconocen única y exclusivamente con recursos de carácter público, habiendo una incompatibilidad.

Alega que el Despacho tampoco tuvo en cuenta la incompatibilidad del artículo 128 de la constitución política. Indica que se debe tener en cuenta el tenor literal del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, lo cual constituye un imperativo para que los profesores afiliados al FONPREMAG, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, deban acumular sus cotizaciones en tal fondo; los docentes oficiales fueron incorporados al régimen de prima media con prestación definida a través del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que tampoco fue valorada por el *a quo*, artículo conforme el cual, los docentes del sector oficial que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de dicha ley fueron incorporados al sistema general de pensiones regulado por la ley 100 del 93, ello significa que con anterioridad a ese momento, no hacían parte del mismo, ni podían afiliarse a alguno de los regímenes allí previstos, lo cual refuerza la postura del art 279 de la Ley 100 del 93 al existir una prohibición legal para las personas que no se vincularon anterioridad a la ley 812 de 2003.

Indica que, por lo anterior, el docente no podía afiliarse y las prestaciones que pretende recibir por parte del RAIS, son totalmente incompatibles con el bono pensional y las prestaciones que eventualmente podía percibir en el sistema general de pensiones.

4. DE LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte demandante presentó alegatos por fuera de término, por lo que los mismos no serán tenidos en cuenta. De otro lado, el apoderado de la demandada MHCP, presentó escrito de alegatos argumentando lo siguiente:

“I. DERECHO A BONO PENSIONAL

Siguiendo la línea de defensa planteada en la contestación de la demanda, nos permitimos reiterar que la falta de afiliación al RAIS, y al régimen de prima media, impiden la configuración del derecho al bono pensional.

Así mismo, como se expondrá a continuación, los bonos pensional tipo A, solo son emitibles a favor de los afiliados al RAIS, conforme a lo establecido en el decreto 3798 de 2003, situación que no se configura en el presente caso, ya que, según el sistema liquidador de bono de la OBP, el demandante no está afiliada al RAIS.

Se debe poner de presente que el a-quo desconoció de manera flagrante los presupuestos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico para que se procedente la emisión de este tipo de bono.

Ahora bien, la sentencia impugnada señaló lo siguiente:

“1) Se declara la ineficacia de la decisión de la AFP PROTECCIÓN de declarar la nulidad de la vinculación del demandante SIMÓN ALEXIS ORTIZ ARISTIZÁBAL al RAIS, y en consecuencia se declara que el demandante se encuentra actualmente válidamente afiliado al RAIS, sin solución de continuidad.

2) Se ordena a PROTECCIÓN iniciar ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en un término no superior a ocho (8) días luego de ejecutoriada esta decisión, los trámites para la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional en favor del demandante, por los tiempos cotizados al ISS en el SISS consagrado en la Ley 100/93.”

Es ilegal la afiliación del accionante al RAIS

Los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio NO PUEDEN POR NINGÚN MOTIVO ser afiliados al Sistema General de Pensiones, concretamente, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), dado que en el evento de considerarse viable su vinculación a este último, estarían accediendo a DOS (2) ASIGNACIONES que provienen del TESORO PÚBLICO (Pensión de Jubilación y Bono Pensional). Lo anterior, dada la naturaleza jurídica y el mecanismo de financiación que cobija a los bonos pensionales que se reconocen a los afiliados al RAIS cuando se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 para acceder a dicho beneficio.

El demandante es beneficiario de una pensión de jubilación y ello genera una incompatibilidad con el RAIS

Así mismo se debe tener presente que el actor está reportado por EL FONDONACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como beneficiario de una PENSION DE JUBILACIÓN como docente. Ello se traduce en que el actor estaría “ERRADAMENTE” afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS”, en el evento que se llegase a establecer que se encuentra vinculado a la AFP PROTECCIÓN y, por lo tanto, NO TENDRIA DERECHO A BONO PENSIONAL TIPO “A”.

Lo anterior, puesto que el demandante hace parte 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 en mención NO SE APLICAN a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el señor SIMON ALEXIS ORTIZ CARVAJAL no podía afiliarse al Sistema General de Pensiones concebido por la Ley 100/93, por exclusión expresa de la norma y, menos aún, vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En consecuencia, 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: “Pensión de Jubilación del Magisterio, que conforme a la Ley 91 de 1989 se encuentra A CARGO DE LA NACIÓN y el bono pensional del RAIS que sería reconocido y pagado CON CARGO A LOS RECURSOS PÚBLICOS DE LA NACIÓN, en caso de considerarse que el demandante se encuentra afiliado a dicho Régimen”, situación que va en contravía del principio constitucional establecido en el Artículo 128 de la Constitución Política en donde de manera literal establece que: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público NI RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN QUE PROVENGA DEL TESORO PÚBLICO, o de los casos expresamente determinados por la ley”. (DESTACA OBP).

Bajo el supuesto de tener como válida la afiliación del demandante al RAIS el señor SIMON ALEXIS ORTIZ CARVAJAL tendría derecho a que el ISS (Hoy COLPENSIONES) le traslade a la AFP PROTECCIÓN los aportes que en su momento fueron realizados a dicho Instituto, para que la AFP en mención los integre a la devolución de saldos o pensión que le otorgaría al demandante. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Inciso 3º del Artículo 11 del Decreto 3995 de 2008 hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, norma que en su tenor literal establece:

Artículo 11. Bonos Pensionales. (...)

En concordancia con lo señalado en el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, EN AQUELLOS CASOS EN QUE PROCEDA EL TRASLADO DEL RPM AL RAIS Y NO HAYA LUGAR A LA EMISIÓN DE BONO PENSIONAL, LA ENTIDAD RESPECTIVA DEBERÁ EFECTUAR EL TRASLADO DEL VALOR EQUIVALENTE A LAS COTIZACIONES PARA PENSIÓN DE VEJEZ QUE EFECTUÓ O HUBIERE EFECTUADO AL RÉGIMEN DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE DEL ISS, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos. (Destaca OBP).

Naturaleza jurídica de la prestación ya percibida por el actor

Los maestros oficiales vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados para efectos de sus beneficios pensionales y prestacionales por la normativa especial consagrada en la Ley 91 de 1989, norma a través de la cual se crea dicho Fondo.

Ahora bien, la norma en análisis al adentrarse en el tema pensional como prestación social establece:

ART 15 -A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 10 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. (...)

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. Pensiones.

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de Jubilación, AÚN EN EL EVENTO DE ESTAR ÉSTA A CARGO TOTAL O PARCIAL DE LA NACIÓN.

B. Para los docentes Vinculados a partir del 10 de enero de 1981, nacionales y

nacionalizados, y para aquéllos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de Jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional".

De lo anterior, podemos concluir que las prestaciones (pensiones) que reconoce el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son financiadas con RECURSOS PÚBLICOS por estar éstas a cargo de la Nación, bien de manera total o bien de manera parcial, pero en ambos casos, con cargo al "TESORO PÚBLICO". Lo anterior, se ratifica al analizar el contenido del artículo 3º de la norma en estudio, en donde se señala de manera textual que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se crea como una "Una cuenta especial de la Nación".

Régimen jurídico de los bonos pensionales

Como primera medida es importante señalar que los denominados bonos pensionales fueron creados por la Ley 100 de 1993, disposición que en su artículo 115 dispuso lo siguiente:

ARTICULO 115. Bonos pensionales. Los bonos pensionales constituye aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas o fondos de previsión del sector público;
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARAGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de 150 semanas no tendrán derecho a bono.

Por consiguiente, las personas que se encuentran VALIDAMENTE afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y que se encuentren cobijadas por alguna de las condiciones establecidas en el artículo antes transcrito, tienen derecho al reconocimiento de un Bono Pensional, en las condiciones establecidas en los Decretos 1299/94, 1748/95, 1513/98 y 3798/03, estos últimos recopilados en el

Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, normas que regulan el procedimiento de liquidación, emisión y redención de esta clase de beneficio.

Ahora bien, para establecer la naturaleza jurídica y el mecanismo de financiación de los bonos pensionales que emite la Nación, basta con remitirnos al artículo 121 *ibídem*, en donde se señala expresamente lo siguiente:

ARTICULO 121. Bonos Pensionales y Cuotas Partes a Cargo de la Nación. LA NACIÓN EXPEDIRÁ UN INSTRUMENTO DE DEUDA PÚBLICA NACIONAL DENOMINADO BONO PENSIONAL, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, CUANDO LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDA al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualquiera otra caja, fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Y ASUMIRÁ EL PAGO DE LAS CUOTAS PARTES A CARGO DE ESTAS ENTIDADES.

Así las cosas, al ser los bonos pensionales a cargo de la Nación un TÍTULO DE DEUDA PÚBLICA, es lógico concluir que los mismos se reconocen con cargo a los “RECURSOS PÚBLICOS DE LA NACIÓN”, de donde se desprende que en el presente asunto, al haber obtenido el señor SIMON ALEXIS ORTIZ CARVAJAL, una pensión de jubilación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, financiada con Recursos Públicos, no puede pretender ahora que se tenga como VALIDA su “SUPUESTA” afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), cuando expresamente la Ley 100/93 determinó que las disposiciones contenidas en dicho precepto legal, NO SE APLICARIAN a las personas afiliadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como ocurre en el caso del demandante, y peor aún, que se le reconozca un “BONO PENSIONAL” como “eventual” afiliado al RAIS (Régimen creado por la Ley 100/93, norma de la cual se encuentra EXCLUIDO) financiado EN UN 100% con recursos públicos de la Nación, por los tiempos cotizados al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, desconociendo la prohibición expresa contenida en el artículo 128 de la Constitución Nacional, norma que en su parte final establece que se debe entender por TESORO o RECURSO PÚBLICO “... EL DE LA NACIÓN, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Lo expuesto anteriormente, RATIFICA la imposibilidad LEGAL que cobija a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de afiliarse al Sistema General de Pensiones creado por la ley 100/93 y, concretamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por ser estas personas EXCLUIDAS o EXCEPTUADAS de la aplicación de las disposiciones contenidas en la norma en cita

y adicionalmente, porque se estaría obligando a la Nación a reconocer y pagar DOS (2) ASIGNACIONES con cargo al TESORO PÚBLICO (La Pensión de Jubilación del Magisterio y el Bono Pensional del RAIS), lo cual iría en contravía de la disposición de rango “CONSTITUCIONAL” consagrada en el artículo 128 de nuestra Carta Política.

Invalidez de la afiliación del actor al RAIS

La ley 100 de 1993 en su artículo 279, estableció una serie de excepciones en torno a la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral creado por dicha disposición. Entre esas excepciones o “exclusiones” se encuentran los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del “REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES”, que los cobija: La norma en comento en su tenor literal establece:

ARTICULO 279. EXCEPCIONES. EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL CONTENIDO EN LA PRESENTE LEY NO SE APLICA a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto- Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Destaca OBP).

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE LA LEY 100/93, NO RESULTA APLICABLE a los afiliados relacionados en este artículo, lo que nos lleva a concluir sin temor a equívocos y sin tener que llegar a disquisiciones, discusiones o interpretaciones respecto de este precepto, que las personas de que trata la norma en cita NO PUEDEN AFILIARSE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MENOS AUN, OBTENER UNA PRESTACION QUE DEBA SER RECONOCIDA EN APLICACIÓN DE LA LEY 100/93, por cuanto como consecuencia de esta “excepción y/o exclusión” efectuada por la norma, las prestaciones a las cuales lleguen a tener derecho esta clase de personas, se deben regir por la normatividad que se encontraba vigente CON ANTERIORIDAD a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social. Esto con el fin de preservar los beneficios que en materia pensional cobijaba a esta clase de trabajadores, entre los que se encuentran los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Régimen que ha sido protegido incluso desde antes de que fuese promulgada la Ley 100 de 1993 (Véase Ley 33/85).

Así las cosas, la compatibilidad de que trata el precepto legal en estudio, solo es viable o predicable de aquellas prestaciones que serían reconocidas con base en las disposiciones o regímenes existentes ANTES de la promulgación de la Ley 100/93, como por ejemplo, la pensión del ISS reconocida en virtud de las disposiciones consagradas en el Decreto 758 de 1990 (Reglamentario del Acuerdo 049 del mismo año), más no, en la normatividad que en relación con la materia, reguló la Ley 100 norma que se reitera, EXCLUYO de su aplicación a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el hecho que solo hasta la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, se consideró la posibilidad de incorporar al Sistema General de Pensiones, concretamente al “REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA”, NO AL RAIS, a los docentes del sector público. Es tan cierto lo anterior, que la norma en comento en su artículo 81 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES:
El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y TENDRÁN LOS DERECHOS PENSIONALES DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE PRIMA MEDIA ESTABLECIDO EN LAS LEYES 100 DE 1993 Y 797 DE 2003, CON LOS REQUISITOS PREVISTOS EN ÉL, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (Destaca OBP)

Lo anterior significa que los docentes del sector oficial que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812/03 (26 de Junio de 2003), fueron incorporados al Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100/93 y modificado por la Ley 797 de 2003 y por ende sus prestaciones serán reconocidas con base en las disposiciones que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que forzosamente nos lleva a concluir que aquellos docentes que se habían vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con ANTERIORIDAD a la dicha fecha, NO HACIAN PARTE DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES ESTABLECIDO POR LA LEY 100/93 y por consiguiente, SON EXCLUIDOS o EXCEPTUADOS de dicho sistema (Art. 279), razón por la cual NO PODIAN AFILIARSE A NINGUNO DE LOS REGIMENES ESTABLECIDOS POR LA LEY 100/93 y de darse esta situación, la afiliación debe ser considerada como INVALIDA.

PETICIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, y en concordancia con lo señalado en la contestación de la demanda, respetuosamente solicito al Despacho revocar la sentencia apelada y desestimar las pretensiones del demandante.”

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a dilucidar se circunscribe a establecer si el demandante no podía afiliarse al RAIS dada su vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, e igualmente, si la pensión de jubilación reconocida por parte de este fondo es incompatible con el bono pensional.

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

6. CONSIDERACIONES:

En principio debería la Sala ocuparse del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*, sin embargo, no podemos olvidar que el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, impone consultar las sentencias en favor de la Nación sea garante de la condena impuesta al MHCP, por lo que la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

De acervo probatorio obrante en el proceso, se tiene que mediante la Resolución 515 del 25 de enero de 2010 expedida por la Subsecretaria Administrativa de la Secretaría de Educación de Medellín, se le reconoció al señor Simón Alexis Ortiz Aristizábal la pensión de jubilación en calidad de afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG) por tiempos de servicio prestados entre el 23 de julio de 1980 al 13 de octubre de 2009 (folios 16 a 18 archivo 04); prestación en la cual solo se tuvieron en cuenta los aportes realizados al FONPREMAG sin incluir los realizados a PROTECCIÓN S.A., tal como lo informa la Secretaría de Educación de Medellín en comunicado del 23 de noviembre de 2016 (folio 21 archivo 04).

Por otra parte, se observa que realizó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales –hoy COLPENSIONES- entre el 15 de marzo de 1977 al ciclo de julio de

1999 tal como se extrae de la historia laboral de COLPENSIONES (folios 2 a 6 archivo 04), trasladándose al RAIS en la AFP PROTECCIÓN el 1° de agosto de 1999 conforme se observa en el respectivo formulario de afiliación (folio 7 archivo 14), donde efectuó aportes hasta el periodo diciembre de 2011, como lo muestra la historia laboral de PROTECCIÓN (folios 24 a 27 archivo 04).

Igualmente, se tiene constancia que el demandante le solicitó a PROTECCIÓN S.A. la devolución de saldos tal como se extrae del acuse de recibo emitido por esta AFP con fecha del 28 de octubre de 2016; solicitud frente a la cual, dicha administradora de pensiones tomó la decisión de anular la afiliación al considerarla inválida por ser incompatible debido a su vinculación con el FOMAG y procedió a trasladar los aportes de su cuenta de ahorro individual a la FIDUPREVISORA por valor de \$77.938.281, tal como se extrae de los comunicados que esta AFP le remitió al demandante, aportados cuando contestó la demanda.

Es de anotar que, en el transcurso del proceso, la parte demandante entera al juzgado que la FIDUPREVISORA le efectuó el pago de la devolución de los aportes cotizados a PROTECCIÓN S.A. en el mes de noviembre de 2019 (archivo 19), razón por la cual, las pretensiones referentes a la devolución de saldos, fueron excluidas de la litis.

Ahora bien, en lo que respecta a los motivos de inconformidad del apoderado MHCP en el recurso de apelación referentes a la imposibilidad del demandante para afiliarse al Sistema General de Pensiones dada su vinculación al FOMAG, se impone el siguiente análisis:

El artículo 15 inciso primero de la Ley 100 de 1993 establece, que son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esa ley, dentro de los cuales se encuentran los regímenes exceptuados, entre ellos, el consagrado en el inciso segundo del artículo 279 de la misma ley, que estableció: *“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 (...)”*.

Aunque, con la expedición de la Ley 812 de 2003 se determinó que los docentes que se lleguen a vincular con posterioridad a su vigencia, se regirían por el régimen establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con lo cual se equipara su tratamiento a los demás servidores en general, sean públicos o privados, resaltando,

que con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, se dispuso desde su entrada en vigencia, que no podrían existir regímenes especiales ni exceptuados, con la salvedad de los regímenes especiales de los militares y el de la Presidencia de la República.

De lo anterior, se desprende que era legalmente viable que un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que tuviera otros vínculos laborales de carácter privado, realizara cotizaciones al Sistema General del Pensiones, en cualquiera de sus dos regímenes, lo que implica *per se*, acceder a las prestaciones del sistema compatible con la pensión, que reciba del Fondo del Magisterio.

Igualmente, importa recordar que respecto de los afiliados al FOMAG, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece lo siguiente:

“Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores.
Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.”

El recurrente alega que este artículo debe mirarse en su tenor literal, constituyendo para los docentes afiliados al FOMAG, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, el deber imperativo de acumular sus cotizaciones en este fondo en tanto que fueron incorporados al RPM solo cuando se expidió la Ley 812 de 2003. Argumento, que no es de recibo por parte de esta Sala, pues se reitera, antes de la vigencia de dicha Ley, era válido que el demandante, un estando afiliado al FOMAG, también pudiese cotizar al sistema general de pensiones; además, lejos de hacerse una interpretación literal, como lo pide el apelante, el sentido correcto que debe extraerse del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, es el de señalar que tal precepto no es de manera alguna un imperativo legal, sino una facultad otorgada a los docentes oficiales para elegir al FOMAG como la administradora de los aportes del sector privado o, por el contrario, una de las administradoras de cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones. Esta ha sido la intelección que a la norma en mención le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Providencia SL2383 de 2022 Radicación 79768 donde señaló:

“Una lectura desprevenida de la norma en cita, permite colegir que lo que allí se establece es una opción formulada en términos positivos, como un derecho y no como una imposición, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo del Magisterio «que cumplan la condición de recibir remuneraciones del sector privado», seleccionar la posibilidad que consideren pertinente en relación con las alternativas que allí se plantean: (i) que esos aportes adicionales se administren en el Fomag o, (ii) que sean gestionados en cualquiera de las administradoras del régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad.

La Corte ya fijó su posición en torno a la correcta comprensión de esta disposición, y en la ya mencionada sentencia CSJ SL, 6 dic. 2001, rad. 40848 (reiterada en la CSJ SL3775-2021) asentó:

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. (Subrayas de la Sala)”.

Surge de lo anterior, que la prestación de jubilación que ostenta la demandante del Fondo del Magisterio, es compatible con la devolución de saldos inicialmente pretendida en el libelo. Sobre el particular, mírese por ejemplo la Sentencia SL1127 de 2022 Radicación No. 86972 en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

“...debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se registrarían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial...”

Por otra parte, se alega en el recurso, que el *a quo* no tuvo en cuenta la incompatibilidad del artículo 128 de la Constitución Política, el cual establece que ***“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”***. (negrilla de Sala).

Sin embargo, debemos señalar, que los recursos con los cuales se reconocen las prestaciones que otorga el régimen de prima media, al provenir de los aportes de empleadores y trabajadores, no tienen la calidad de dineros correspondientes al erario, así lo establece el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuando indica que ***“Los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”***.

Situación que ha sido adoctrinada por la H Corte Suprema de Justicia, en la providencia CSJ SL1373-2019, que indica:

“[...] ésta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453 (sic), CSJ SL, 6 Mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. 2013, Rad. 41306.”

En relación con lo anterior, en el recurso de alzada se hace énfasis en que el bono pensional no se financia con las cotizaciones sino con recursos públicos del presupuesto general de la nación, existiendo por lo tanto una incompatibilidad con la pensión de jubilación del docente que también proviene de dicho presupuesto.

Afirmación que debe ser desestimada si se tiene en cuenta que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que

se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos, tal como lo regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, norma que se armoniza con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 11 del Decreto 1299 de 1994, conforme el cual una de las circunstancias para la redención del bono pensional es cuando hay lugar a la devolución de saldos.

Por añadidura, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en la especialidad laboral, ha enseñado que el reconocimiento de la pensión de jubilación y el pago del bono pensional no constituye una doble asignación a cargo del tesoro público, en la medida que este último representa las cotizaciones efectuadas al ISS a través de empleadores privados. Ilustrando lo dicho, cumple traer a colación la anteriormente mencionada Providencia SL1127 de 2022, la cual, citando a su vez la Sentencia SL3775 de 2012, señaló:

“(...) En lo que respecta a la alegada incompatibilidad entre la pensión vitalicia de jubilación y el bono pensional, no le asiste la razón a la censura en este medular aspecto que fue bien abordado por el juez plural, en la medida en que, como se ha venido explicando, el bono pensional si bien, es título de deuda pública según lo establecido en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, también hace parte de las regulaciones y figuras propias del Sistema General de Pensiones y su finalidad, como ya se dijo, consiste en contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Por todos es sabido que ha determinado esta Sala de Casación en numerosas sentencias, que no es del caso recordar ahora, que los recursos del Sistema Pensional en el caso de la administradora pública del Régimen de Prima Media son de naturaleza parafiscal, de donde no tiene sentido sostener que uno de los elementos que conforman esos recursos y con los cuales finalmente se va a financiar una prestación económica, goza de una naturaleza distinta que los hace incompatibles con la prestación a la cual está afectado, pues se recuerda, una vez más, ese instrumento no es otra cosa que la conversión en dinero de las semanas servidas o cotizadas y que tienen por eje central el trabajo humano, que para esos efectos se encuentra reflejado en un dispositivo financiero.

A través de los cálculos complejos con que fue concebido legal y conceptualmente el bono pensional, representa las cotizaciones que en su momento fueron hechas por los empleadores privados y el trabajador al ISS, en este caso particular, entre el 16 de mayo de 1984 y el 31 de diciembre de 2000, con lo cual no puede confundirse el origen primigenio de los recursos con el instrumento que posteriormente los suple y materializa (...).”

Conforme las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, se confirmará la sentencia de primera instancia apelada y consultada en favor de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

No obstante lo anterior, observa la Sala, en la historia laboral del demandante que obra a folios 2 a 7 del archivo del expedite digital denominado “04AnexosDemanda.pdf”, de las 456,71 que se registran como cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, algunas de

ellas se cotizaron con posterioridad al 1° de septiembre de 1999, fecha en la que el accionante ya se había trasladado a PROTECCIÓN S.A., con la observación “No Vinculado Traslado RAI”, por lo que se precisará en esta instancia, que para la liquidación del bono pensional, no se tendrán en cuenta las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, con posterioridad al 1° de septiembre de 1999.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada MHCP, por resultar vencido en el recurso de apelación. Conforme al numeral 3° del artículo 366 del C.G.P., el ponente fija las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000.

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 15 de diciembre de 2020, proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **SIMÓN ALEXIS ORTIZ ARISTIZÁBAL** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

Se precisa, que, para la liquidación del bono pensional a favor del actor, no se tendrán en cuenta las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, con posterioridad al 1° de septiembre de 1999.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a favor del demandante. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

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, y se firma 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: **e3b88b09c8ac637239ec13453be847206be79f842817300af9d979137ef9bc11**

Documento generado en 29/04/2024 11:13:56 AM

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