

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Sustanciador

AUTO INTERLOCUTORIO LABORAL
24 de septiembre de 2020

*“TRASLADO PARA PRESENTAR ALEGATOS DE LA PARTE NO
RECURRENTE”*

RAD: 44-001-31-02-001-2017-00169-01. Proceso ordinario laboral promovido MARÍA AURORA SABINO FAJARDO contra PORVENIR SA.

Atendiendo lo establecido en el Numeral 1° del Artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, por medio del cual el Ministerio de Justicia y del Derecho adopta medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que enfrenta el país por la pandemia producida por el Covid – 19, y que de acuerdo con su parte motiva debe ser aplicado tanto a los asuntos en curso como a los nuevos.

Atendiendo, que mediante estado publicado el día 01 de septiembre de 2020, en el cual se admitía el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, el cual vencido el traslado se corrieron 5 días a fin que la parte recurrente presentara alegatos conclusivos.

¹ Artículo 15 Apelación en materia laboral: el recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así: 1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el termino de 5 días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Vencido el termino para presentar dichos alegatos el día 11 de septiembre de 2020, según constancia secretarial del día 14 de septiembre de 2020.

En razón de lo anterior, se hace procedente dar aplicación al artículo 15 del decreto 806 de 2020. Así las cosas, el despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: CORRER TRASLADO A NO RECURRENTE Con fundamento en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, conceder el **termino de 5 días** contados a partir del día siguiente de la notificación por estado del presente proveído a la parte no recurrente, para que a si bien lo estima presente alegatos.

SEGUNDO: Los alegatos deberán allegarse, dentro del término señalado, al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira, stsscflrioha@cendoj.ramajudicial.gov.co.

TERCERO: Con el fin de garantizar plenamente el derecho a comparecer al trámite que le asiste a quien se le está corriendo traslado y el de contradicción a su contraparte, comuníquese esta decisión a los números telefónicos y correos electrónicos que de las partes figuren en el expediente, informándoles sobre la ruta que deben seguir para conocer el estado electrónico en el que se está notificando este proveído, dejando las constancias del caso.

CUARTO: INFORMESE que el expediente, para su revisión, se encuentra digitalizado y que puede ser consultado siguiendo las indicaciones que la Secretaría brindará al respecto; el canal de comunicación con tal dependencia es el correo electrónico que ya se ha señalado.

QUINTO: PONGASE A DISPOSICIÓN de los apoderados la página web www.tsriohacha.com a través del módulo procesos, encontrará adicional a las providencias proferidas en esta instancia los estados correspondientes, además del proceso digitalizado y los audios de las audiencias surtidas en primera instancia; para obtener clave de acceso comunicarse vía WhatsApp al número 3218503763.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente.

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE RIOHACHA

E. S. D.

REF: DEMANDA ORDINARIA LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA AURORA SABIÑO FAJARDO

DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A. RAD: 44-001-31-05-001-2017-00169-01

UGALBIS ENRIQUE RODRÍGUEZ BOLAÑOS, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.970.755 de Villanueva Guajira, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 38.834 del C.S.J. En mi condición de apoderado especial de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** sociedad anónima vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. representada legal y judicialmente por la doctora **MIGUEL LARGACHA MARTINEZ**, mayor de edad con domicilio en la ciudad de Bogotá, por medio del presente escrito me dirijo a su despacho, muy respetuosamente, con el fin de presentar Alegatos de Conclusión en esta instancia judicial y cumplimiento del auto de fecha 31 de agosto de 2020 dentro del recurso de apelación que oportunamente se interpuso y se sustentó contra la Sentencia en Primera Instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, que accedió a las suplicas de la demanda, condenando a PORVENIR a pagar a la demandante la devolución por concepto de excedentes de libre disponibilidad las cantidades de dinero allí expresadas junto con los intereses moratorios de acuerdo a la Ley, menos los descuentos efectuados por Porvenir S.A. y demás decisiones adoptadas en la providencia de primera instancia, lo cual hago de la siguiente manera teniendo en cuenta los fundamentos facticos y jurídicos que expreso continuación.

HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

La señora **MARÍA AURORA SABINO FAJARNO**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, quien actúa en su propio nombre y representación en esta acción ordinaria laboral, pretende se declare que tiene derecho a lo estipulado en el art. 85 de la ley 100 de 1993 y que por ende se le ordene a PORVENIR

S.A. la devolución del saldo de \$125.038.000 por concepto de Bono Pensional por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA los cuales fueron consignados a su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A.

Al respecto y para resolver el presente litigio ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1. OBJETIVO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Establece la ley 100 de 1993 en su art. 10 *“El sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.*

Como bien lo expresa el artículo transcrito el objetivo es *“amparo contra las contingencias derivadas de la vejez”*, por lo que todo afiliado que pertenece al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debe entender que lo abonado a su cuenta de ahorro individual no es un ahorro que puede retirar cada vez que tenga una calamidad o que puede negociar con el AFP el capital ahorrado y reliquidar la pensión solo cuando le sirva y no cuando es

lo indicado. Pues está en la etapa de vejez y ese capital ahorrado al cual apporto el empleador y el trabajador toda su vida laboral es para la vejez, cuando ya su fuerza laboral se ha agotado.

2. PENSIÓN DE VEJEZ

La Corte Constitucional en Sentencia T-045/2016 define la pensión de vejez como *“uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando en razón de su edad, se produce una esperable disminución de su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna”*

El derecho fundamental que se protege con la pensión de vejez es “LA VIDA DIGNA” consagrado en las normas de la Constitución Política de Colombia, principio que ilumina el camino a seguir en materia de pensiones. Así lo expresa la misma sentencia en mención *“su finalidad directa es garantizarla concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna”*.

Así las cosas tenemos que la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO después de múltiples intentos por acceder a una pensión de vejez anticipada, beneficio que consagra el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en mayo de 2013 obtuvo la calidad de pensionada. No por reunir los requisitos exigidos en el art. 64 de la ley 100 de 1993, pues al decir que fue pensión de vejez anticipada se entiende que no tenía la edad, pero si contaba con capital en su cuenta de ahorro individual para acceder a dicha pensión, teniendo en cuenta de que en cualquier momento las reglas de liquidación de la mesada pensional pueden variar, por ser el retiro programado la modalidad de pensión escogida por la afiliada en aquel entonces.

Tenemos que el art. 64 de la ley 100 de 1993 expresa *“Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.*

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”.

Por otra parte el art. 81 nos define la modalidad de pensión de vejez de retiro programado como: *“es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios, obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar”*

De lo anterior transcrito podemos decir que son los parámetros que guían la forma como se va a dar ese proceso pensional del afiliado ante la AFP y como la AFP va a regir su actividad para cumplir con el propósito de la pensión de vejez a la que tiene derecho el afiliado de darle una “vida digna” en las contingencias de la vejez.

3. FINANCIACION DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN EL “RAIS” Y NATURALEZA DE LOS BONOS PENSIONALES.

Se encuentra definido en el art. 68 de la ley 100 de 1993: *“Las pensiones de vejez se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima”*.

La normatividad es clara en cuanto a cómo se va a financiar esa mesada pensional una vez el afiliado adquiera su calidad de pensionado. En el caso que nos ocupa la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO, hubo lugar a la expedición de Bonos Pensionales, algunos se redimieron por negociaciones de PORVENIR S.A. para que ese capital entrara a la cuenta de ahorro individual de la actora y así tener certeza de con cuanto capital contaba la AFP y la afiliada para saber si tenía o no derecho a la pensión de vejez anticipada. Pero a la fecha de otorgarse la pensión de vejez el Bono Pensional a cargo del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA no se encontraba emitido, es decir, no se tenía certeza de su existencia ni de su monto, por lo cual no se contó para liquidar la mesada pensional a la que la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO tendría derecho.

Hoy día que el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA emitió y pago el Bono Pensional pretende la actora que este se le devuelva bajo el concepto de “excedente de libre disponibilidad” contemplado en el art. 85 de la ley 100 de 1993. Olvidando la naturaleza jurídica del Bono Pensional y su destinación, la cual es formar parte del capital con que se va a financiar las mesadas pensionales.

Si la naturaleza del Bono Pensional no fuera esta, la Sra. MARÍA AURORA no hubiese podido nunca acceder a una pensión de vejez solo con lo que tenía ahorrado en su cuenta de ahorro individual desde el momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1996 hasta el año 2013 fecha en que se le otorga la pensión de vejez. Puesto a que la Sra. MARÍA AURORA se le negocio en la bolsa de valores los Bonos Pensionales emitidos por la RAMA JUDICIAL, UNIVERSIDAD DE LA GUAJIRA, entre otros, que ayudaron a aumentar el capital ahorrado por la actora, si en ese momento ese Bono Pensional redimido por la negociación realizada por PORVENIR S.A., autorizada por la afiliada, no hubiese sido con el objetivo de que se abonara a la cuenta de ahorro, que gracia tendría haberlo redimido, pues indiscutiblemente se hubiese tenido que esperar que la actora cumpliera los 60 años para que tales bonos pudieran ser redimidos y solo hasta esta fecha se estudiaría la posibilidad de verificar si tenía derecho a la pensión de vejez y si de esos Bonos Pensionales eran para ser entregados a la actora como “excedente de libre disponibilidad” o para financiar la pensión de la que hoy goza.

Al respecto la misma norma de la ley 100 de 1993 nos resuelve la duda en su art. 115: *“Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones”*. Y remata el art. 116 de la misma ley en su literal c al estipular las características de los Bonos Pensionales, *“Serán endosables en favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones;”*

De todo lo expresado queda claro cuál es la finalidad del Bono Pensional, de la pensión de vejez y del papel que cumplen las AFP en el trámite de las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social. En ningún momento la norma expresa de que la redención de los bonos pensionales sea para devolverse al afiliado sino para financiar las mesadas pensionales a la que el pensionado tendrá derecho, esto es, entre más capital ahorrado mejor será la mesada pensional y se le garantizara así al pensionado el objetivo del Sistema General de Pensiones, *derecho a una vida digna*.

Por lo anterior, es que una vez el pago del Bono Pensional entro a la cuenta de ahorro de la actora se procedió a reliquidar la misma, pues al existir un nuevo capital con el cual no se contó al momento de liquidar la primera mesada pensional esto es lo que en derecho corresponde. De lo contrario se estaría ocasionando un perjuicio a la financiación de la nueva mesada pensional.

4. EXCEDENTE DE LIBRE DISPONIBILIDAD Y EL CONCEPTO DE LA SUPERFINANCIERA

Este lo encontramos en el art. 85 de la ley 100 de 1993: “Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensionad, más el bono pensionad, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70%) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva, y
- b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110%) de la pensión mínima legal vigente”.

Desglosando lo transcrito tenemos: “desde el momento en que el **afiliado** (no dice pensionado, es decir que este derecho se ejerce siendo afiliado, no pensionado) opte por contratar una pensión,” en el caso de la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO tenemos que ello indiscutiblemente ocurrió cuando estaba en el trámite de solicitud pensional por vejez.

De los anexos acompañados a la contestación de la demanda, se encuentra oficios dirigidos a la actora de fechas 06 de mayo de 2013 donde se le informa a la actora la posibilidad de obtener un excedente de libre disponibilidad, pero que esto afectaría su mesada pensional liquidada en ese entonces en un valor de \$2.220.793, que de acceder a este beneficio, su nueva mesada pensional sería de \$1.588.164 y el capital a devolver fue por la suma de \$140.778.105 el cual fue consignado a la cuenta de ahorros certificada por la actora. Donde se le estipulo que este beneficio era entregado por una única vez.

De proceder a realizar una nueva entrega de excedentes de libre disponibilidad la actora no cumple con lo estipulado en el art. 85 de la ley 100 de 1993, pues para proceder a ellos se debe tener en cuenta el IBL de la actora el cual es de \$2.963.828, al realizar la operación matemática la actora no cumple con lo señalado en el literal a) pues la mesada no sobrepasa el 70% de su IBL lo cual se le explico a la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO en respuesta a un derecho de petición de fecha 24 de agosto de 2017. Y por eso se procedió a reliquidar la mesada pensional para seguir garantizándole el derecho a la actora de una vida digna.

Por otro lado la Superintendencia Financiera en concepto 2009015390-001 del 1 de abril de 2009 en las consideraciones expuestas sobre un caso sometido a su juicio expreso: “Sobre el particular, es preciso recordar que si bien es cierto que el valor del cupón de cuota del bono pensional reconocido y pagado por el Instituto de los Seguros Sociales, en virtud del artículo 68 de la Ley 100 de 1993, hace parte del capital para financiar la pensión anticipada de vejez, también lo es que dicho valor también forma parte del monto a tener en cuenta para establecer el excedente de libre disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 85 de la misma Ley.

En este orden de ideas, una vez pagada la mencionada cuota parte del bono pensional, procedería verificar si de haberse incluido su valor al hacer el cálculo para el reconocimiento de la pensión, se hubiese cumplido o no con los requisitos exigidos por el artículo 85 arriba transcrito para ser devueltos como excedentes de libre disponibilidad. De esta forma la administradora podrá determinar si es viable la devolución de excedentes en virtud del ingreso de los recursos correspondientes a tal cuota parte en la cuenta de ahorro individual y, de ser procedente, el monto a devolverse.

En este punto vale la pena poner de presente que esta Superintendencia considera que en casos como el consultado, valga decir cuando a la cuenta de ahorro individual ingresan recursos no tenidos en cuenta al momento de reconocerse la pensión, los excedentes de libre disponibilidad pueden ser reconocidos, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 85 de la ley 100 de 1993. Obviamente es pertinente que en cualquier evento se evalúe previamente la incidencia de la decisión sobre el monto de la pensión y que el afiliado tenga esto en cuenta sobre la incidencia de las desvalorizaciones en su cuenta

individual que ameriten una disminución de la mesada por recálculo o la contratación de una renta vitalicia para asegurar una mesada mínima permanente”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en una ocasión a la actora se le hizo devolución por concepto de excedentes de libre disponibilidad y lo explicado en oficio enviado a la actora de fecha 24 de agosto de 2017, no es procedente dicha devolución. Que de ser obligada la AFP PORVENIR S.A. a dicha devolución se estaría lesionando el art 48 de la C.N. que establece “*no se podrán destinar ni utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes a ella*” de lo contrario se dejaría una brecha abierta para que los afiliados en cualquier momento se crean con el derecho de retirar los aportes al sistema por considerar que este ahorro se asemeja al de las cesantías que es un auxilio para el trabajador desempleado.

Señores Magistrados, teniendo en cuenta los argumentos jurídicos expuestos en la contestación de la demanda, las probanzas arrimadas al proceso, los alegatos a la decisión de primera instancia, los cuales se reiteran en estos alegatos de conclusión, solicitamos a la Honorable Corporación que al momento de desatar la impugnación contra la Sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, se sirva revocar en su integridad por las razones anteriores expuestas.

Del señor Juez atentamente,



UGALBIS ENRIQUE RODRÍGUEZ BOLAÑOS

C.C. No. 17.970.755 de Villanueva Guajira

T.P. No. 38.834 del C.S.J.