

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA CIVIL- FAMILIA-LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ

Riohacha, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, tal como consta en Acta
No.48

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA AURORA SABINO FAJARDO
DEMANDADO: PORVENIR S.A.
RAD. ÚNICO: 44-001-31-02-001-2017-00169-01

1. ASUNTO POR RESOLVER

Se ocupa la Sala del recurso de apelación oportunamente formulado por el extremo pasivo **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, respecto de la sentencia de fecha 11 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, al interior del proceso **ORDINARIO** adelantado por **MARIA AURORA SABINO FAJARDO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

2. ANTECEDENTES

- 2.1.** La demandante presentó demanda ordinaria contra **PORVENIR S.A.**, para que se declare que tiene derecho a que la demandada, de conformidad con lo preceptuado en el art. 85 de la Ley 100 de 1993, proceda a efectuar la devolución de excedentes de libre disponibilidad, en cuantía de \$125.038.000.00 que fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, por parte de la Gobernación de La Guajira el 17 de julio de 2017, los cuales no entrarían a formar parte de la suma necesaria para obtener una pensión, por encontrarse ya pensionada.

Deprecia además que se ordene a **PORVENIR S.A.** que no realice reliquidación de la pensión.

Como sustento de su petición relató los siguientes **HECHOS**:

- Que se encuentra pensionada desde el año 2013, con la AFP PORVENIR S.A.
- Que escogió su pensión bajo la modalidad de retiro programado.
- Que al momento de pensionarse, en el año 2013, le fue fijada una mesada pensional, atendiendo los criterios y requisitos señalados en el art. 64 de la Ley 100 de 1993.
- Que en el mes de mayo de 2013, quedó pendiente la emisión y redención de un bono pensional, por parte de la Gobernación de La Guajira, porque era requisito indispensable haber cumplido 60 años de edad para que éste fuera redimido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.
- Que el 31 de diciembre de 2016 cumplió los 60 años de edad, por lo que solicitó a PORVENIR S.A. que procediera con las gestiones necesarias para redimir el bono en cuestión.
- Que la Gobernación del Departamento de la Guajira, desde el 17 de julio de 2017 liquidó, reconoció y pago la suma de \$125.000.000.00, dinero que ingresó a su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. por concepto de bono pensional, sin que la aquí demandada haya procedido a devolver los excedentes de libre disponibilidad, pese a las múltiples peticiones elevada para dicho fin.

2.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda fue admitida mediante auto del 3 de octubre de 2017 y la parte demandada se notificó de la misma, el 23 de octubre de 2017.

2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, tras indicar que dicho *petitum* es contrario a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, en el momento en que la actora adquirió la calidad de pensionada, bajo la modalidad de retiro programado, se le hizo devolución de un saldo de \$140.778.105.00, con la advertencia que, según lo dispuesto por la Superintendencia Financiera, *“esta devolución por concepto de excedentes de libre disponibilidad, sólo puede solicitarse por una vez y efectuarse en un solo retiro”*

Indicó que el bono pensional que está reclamando la demandante, hace parte del capital con el cual se está financiando la pensión de vejez reconocida.

Adujo además que no se puede prohibir a dicho Fondo que reliquide la mesada pensional de la demandante ante la nueva suma de capital consignada en su cuenta pues, la reliquidación no obra a capricho del interesado y especificó que desde el mes de julio de 2017 fue reliquidada la mesada pensional con base en el bono mencionado.

Propuso las excepciones que denominó i) inexistencia de las obligaciones demandadas, ii) falta de causa para demandar e inexistencia del derecho, iii) buena fe de la sociedad demandada PORVENIR S.A., iv) cobro de lo no debido, v) prescripción, vi) innominada o genérica.

2.4.-SENTENCIA APELADA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, Guajira, con decisión del 11 de agosto de 2020, declaró que a la señora **MARIA AURORA SABINO**, le asiste el derecho de que el Fondo **PORVENIR S.A.**, le devuelva el valor de \$125.038.000.00, debidamente indexado como excedente de libre disponibilidad, de cuyo valor será descontado por parte del fondo, el excedente cancelado a la actora, por concepto de la reliquidación pensional que se viene efectuando a partir del mes de septiembre del 2017.

Ordenó además a la pasiva que, previo a dicha devolución y dentro de los quince días siguientes contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, le comunique por escrito a la afiliada las ventajas y desventajas que le acarrearía a su cuenta de ahorro individual el retiro de ese excedente de libre disponibilidad y que incluso, en caso de ser necesario le reliquide la pensión a efectos de que la pensionada tenga un panorama claro de su cuenta de ahorro individual y asuma los riesgos de esa decisión.

De igual forma ordenó a **PORVENIR S.A.**, que una vez agotado el trámite en cuestión, haga efectiva la devolución de ese excedente de libre disponibilidad debidamente indexado.

Por último, declaró no probadas las excepciones impetradas.

Motivó su decisión en el derecho que le asiste a la demandante de obtener el excedente, toda vez que el mismo no fue tenido en cuenta en el momento del reconocimiento de pensión de la misma, por lo que fácilmente se arriba a la conclusión que están reunidos los recursos de ley para acceder a dicho *petitum*.

2.5.- RECURSO DE ALZADA:

Inconforme con la decisión, la demandada se alzó contra la sentencia, argumentado que la misma va en contravía de lo dispuesto en el art. 85 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que los requisitos de la norma en cuestión son claros y la actora no los cumple. Indicó que la demandante recibió excedente de libre disponibilidad, en mayo de 2013, el cual sólo puede ser recibido por una oportunidad, según conceptos de la Superintendencia Financiera.

Adujo que los recursos de la seguridad social no se pueden destinar a fines diferentes de los establecidos y que la reliquidación de la pensión de la demandante ya fue materializada con el bono pensional recibido de la Gobernación de La Guajira.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

DE LA DEMANDANTE.

Sostuvo que la decisión tomada por la juez de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, por lo que solicitó que la misma sea confirmada.

Anotó que existen conceptos de la Superintendencia Financiera, respecto de que los excedentes de libre disponibilidad pueden ser entregados en varias oportunidades e indicó que en la Ley 100 de 1993 no se indica que los mismos sólo deban ser entregados por una vez.

DE LA DEMANDADA PORVENIR S.A.

El apoderado de la demandada indicó que en las presentes diligencias, hubo lugar a la expedición de bonos pensionales, algunos de los cuales fueron redimidos por negociaciones de **PORVENIR S.A.**, en aras que dicho capital ingresara a la cuenta de ahorro individual de la actora y, de esa manera tener certeza del capital con que contaba la AFP y la afiliada para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez anticipada, sosteniendo que para el mes de mayo de 2013, fecha del reconocimiento de la pensión a la demandante, el bono pensional a cargo del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA no se encontraba emitido, por lo cual no se tuvo en cuenta para liquidar la mesada pensional a la que la Sra. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO tendría derecho.

Refirió que una vez que el bono pensional ingresó a la cuenta de ahorro de la actora, se procedió a reliquidar la pensión puesto que al existir un nuevo capital con el cual no se contaba al momento de liquidar la primera mesada pensional debe procederse en esos términos.

3. CONSIDERACIONES

- 3.1.** Delanteramente señálese que en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 del C.P.T.S.S., y contraída la materia al marco funcional de que trata el artículo 66 A de ese mismo cuerpo normativo, esto es, con sujeción al principio de consonancia, la competencia de esta Sala de Decisión se limitará al análisis del tema propuesto por el extremo recurrente.

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud de que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿resulta procedente ordenar a PORVENIR S.A. la entrega del bono pensional reconocido y pagado por la Gobernación de la Guajira, a favor de la actora, por concepto de excedentes de libre disponibilidad por ajustarse a lo preceptuado en el art.85 de la ley 100 de 1993?

3.3. TESIS DE LA SALA

Para la Corporación, la decisión de primer orden resulta acertada, por cuanto, la misma se ajusta a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 100 de 1993.

3.4. ASPECTOS FÁCTICOS AJENOS AL DEBATE PROBATORIO

Se trata de hechos que no comportan discusión en sede de alzada y que resultan relevantes para el problema jurídico acá planteado:

- i) La demandante seleccionó la modalidad de pensión de retiro programado, la cual se paga con cargo a su cuenta individual de ahorros pensional.
- ii) Porvenir S.A. reconoció pensión de solicitud por vejez anticipada a partir del 6 de mayo de 2013 a favor de la aquí demandante.
- iii) La Gobernación de La Guajira, mediante Resolución n° 563 de 2017 reconoció y ordenó pagar la cuota del bono pensional tipo A a PORVENIR S.A., por los derechos adquiridos por la actora, por la suma de \$125.038.000.oo., suma que fue consignada al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir en el año 2017.

3.5. DE LOS EXCEDENTES DE LIBRE DISPONIBILIDAD.

El artículo 85 de la Ley 100 de 1993 dispone frente al tema:

“Excedentes de libre disponibilidad. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, 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”.

De la normativa en comento, se advierte que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad está prevista la devolución de excedentes de libre disponibilidad, tal como la deprecia la aquí demandante.

En efecto, cuando existe un mayor valor del bono pensional aplicado al momento de calcular el saldo del afiliado y, la pensión es reconocida, el capital adicional puede ser devuelto al afiliado bajo la denominación de excedente de libre disponibilidad, o puede acreditarse al saldo de su cuenta con la reliquidación de rigor.

Para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es necesario que la pensión reconocida al afiliado sea igual o superior al 70% del Ingreso Base de Liquidación, lo que nos lleva directamente al artículo 21 *ibídem*, que define lo correspondiente a esta figura.

La exigencia en cuestión, es congruente con la lógica del Régimen de Ahorro Individual, en cuanto éste se concibe sobre la idea de que es el propio afiliado quien construya el capital necesario para obtener el derecho a la pensión de vejez. Sólo habrá excedentes de libre disponibilidad en la medida en que en la cuenta de ahorro individual existan recursos adicionales a los necesarios para financiar una pensión igual o superior al 70% del Ingreso Base Liquidación.

Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó:

“Significa lo anterior que el multicitado artículo 85 de la Ley 100 de 1993 busca que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda disponer de los excedentes de libre disponibilidad siempre que la cuantía de la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, no sea inferior al 70% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del IPC. Ahora bien, para determinar si existen excedentes de libre disponibilidad es preciso determinar el Ingreso Base de Liquidación, claro está, al tenor de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en tanto es una norma que resulta aplicable en ambos regímenes del Sistema General de Pensiones”¹

En el caso que ocupa la atención de esta Colegiatura, se evidencia que la demandante reúne los requisitos para reclamar los excedentes de libre disponibilidad por cuanto: i) el monto del capital ahorrado en la cuenta individual de pensión fue suficiente para financiar su pensión ya que, de otro modo, la misma hubiese sido negada por el Fondo, ii) acreditada la pensión desde el año 2013, es un hecho notorio que existe un saldo adicional, que es el valor que reclama por concepto de excedente de libre disponibilidad, pagado en el año 2017 y iii) si bien es cierto que la demandante podía optar porque todo su capital financie la pensión y no solicitar los excedentes de libre disponibilidad, la verdad es que la misma optó por reclamar el excedente, estando en pleno derecho de hacerlo.

Ahora bien, es necesario ahondar en los expuestos reparos del apelante, quien sostiene que la solicitud del excedente en cuestión sólo se puede realizar en una oportunidad, aseveración que no encuentra asidero jurídico alguno pues la Ley 100 de 1993, nada dispone frente al punto, aunado ello a que, el retiro es un derecho del afiliado, luego, resultaría vulnerador de sus derechos que, contando con excedentes no pudiera acceder a ellos bajo el entendido que sólo se pueden solicitar por una vez.

Es de resaltar que el mismo apoderado de la parte demandada sostiene en sus alegatos de conclusión que *“a la fecha de otorgarse la pensión*

1. SL1059-2018 Radicación N.º 39461 Acta 12. Magistrado ponente RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

de vejez, el bono pensional a cargo del Departamento de La Guajira no se tenía 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 señora MARÍA AURORA SABINO FAJARDO tendría derecho”, en virtud de lo cual, existiendo certeza total de que el bono en cuestión no fue tenido en cuenta por la Administradora de Pensiones para reconocer la pensión, resulta incongruente la negativa del Fondo de entrega del mismo cuando, se reitera, se trata de la elección simple y llana de quien cotizó y ya tiene un derecho adquirido.

Por otra parte, el alegato de la pasiva, relacionado con que *“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”* resulta contradictorio con la aseveración antes realizada por el mismo toda vez que la demandante adquirió su pensión en el año 2013, con el lleno de los requisitos de ley; luego, el bono en cuestión es en efecto un excedente máxime que el demandado recalca que el mismo no se tuvo en cuenta en su momento, toda vez que era una expectativa, por lo que no puede pretender ahora el Fondo de Pensiones desdibujar la situación ya consolidada y menos cuando la orden de primera instancia es clara en permitir que el Fondo descuenta del bono a entregar, el valor ya cancelado a la actora por la reliquidación automática que realizó sin atender la insistente solicitud de la demandante.

Corolario de lo expuesto, esta Corporación arriba a la conclusión que la decisión de la juez de primera instancia resulta ajustada a derecho, puesto que se encuentra demostrado que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte del fondo aquí demandado desde año de 2013, en la modalidad de retiro programado bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad y, en ese momento, el Fondo tuvo la oportunidad de hacer el análisis del saldo con que contaba la afiliada en su cuenta de ahorro individual y encontró que con el dinero que tenía podía acceder a la pensión, -pues de haber arribado

a conclusión diferente habría negado la misma- y, para llegar a dicha conclusión, no tuvo en cuenta el valor posterior del bono pensional a cargo de la Gobernación de La Guajira, que se acreditó con posterioridad al reconocimiento de la pensión; luego, dicho valor se convierte en una suma de dinero adicional que puede ser devuelta al afiliado, si así lo reclama, tal como ésta lo hizo desde mucho antes que fuera consignado.

Como consecuencia de lo discurrido, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia de primer grado y dada la improsperidad del recurso de conformidad con el artículo 365 del C. G. P., se condena en costas de esta instancia a la parte apelante y a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán liquidados de conformidad con el art. 366 ibídem.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA AURORA SABINO FAJARDO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y en favor de **MARIA AURORA SABINO FAJARDO**. Como agencias en derecho se fija la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS (\$1.871.052.00)

TERCERO: En firme esta providencia, regresar la actuación al juzgado de origen.

Esta decisión se adoptó en sala virtual, en atención a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA20- 11567 del 5 de junio de 2020, en el que se dispuso, entre otros aspectos, privilegiar el trabajo en casa mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la pandemia generada por el denominado COVID-19, y con apoyo en lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020.

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)*

JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ.
Magistrado Ponente.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO.
Magistrada.

CON IMPEDIMENTO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.
Magistrado.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA – LA GUAJIRA**

Riohacha, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

Radicación: 440013102001201700016901 Ordinario Laboral. MARÍA AURORA SABINO FAJARDO contra PORVERNIR

Para su conocimiento y fines pertinentes, procede el suscrito Magistrado de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de La Guajira, a declararse impedido dentro del asunto de la referencia con fundamento en el numeral 6 del artículo 141 del Código General del Proceso, que dispone: *“Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”* y el numeral 14 de la misma codificación así:

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

Lo anterior teniendo en cuenta que el suscrito presentó demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de PORVENIR S.A., demandada en esta causa, radicado bajo el número 2018-357, admitida a través de auto fechado tres (3) de octubre de 2018, emitido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga ordenando integrar a COLPENSIONES como Litis consorcio necesario, es decir, existe pleito pendiente entre este servidor y la precitada compañía, y en razón a ello me corresponde declararme impedido para seguir conociendo y decidir acerca del asunto planteado.

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)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente