



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RAFAEL BERNARDO SILGADO BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA, ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE ANOLAIMA Y GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00052 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES y el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

De forma principal, pretende la parte actora que se *declare* la existencia de un vicio en el consentimiento al momento en que el demandante se afilió a COLFONDOS, como consecuencia, la nulidad o invalidez del traslado al RAIS y ordenar a la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) la devolución de todos los aportes hechos por el demandante a COLPENSIONES, entidad ultima que deberá recibir al actor en calidad de afiliado. Finalmente, solicitó condenar a lo ultra y extra petita y el pago de costas.

En subsidio, solicitó se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la Gobernación de Cundinamarca, o a cada una de las ESE, según corresponda, a pagar a la AFP OLD MUTUAL S.A. la cuota parte del periodo laborado por el demandante al servicio de la ESE SAN RAFAEL DE CÁQUEZA y la ESE SAN ANTONIO DE ANOLAIMA. Además, condenar a la AFP OLD MUTUAL a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante con la totalidad de semanas cotizadas teniendo en cuenta el tiempo de las entidades antes mencionadas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 6 de febrero de 1953 y empezó a cotizar en el RAIS desde el 01 de agosto de 1981, posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A., sin que para dicho momento se le brindara información completa sobre las ventajas y desventajas de dicho traslado. Adujo que a finales del año 2007 se trasladó a la AFP SKANDIA, que el 23 de diciembre de 2015, radicó la solicitud de reconocimiento de pensión ante dicho fondo por lo que se inició el trámite de cobró de la cuota parte del tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA y en la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE ANOLAIMA. El 06 de octubre de 2016, la AFP OLD MUTUAL emitió un comunicado dirigido al actor informándole que no ha sido posible lograr el pago a cargo de los mencionados hospitales por lo que se le ofreció el reconocimiento de la pensión provisional, la cual fue aprobada el 08 de noviembre de 2016, pagadera a partir del 01 de noviembre de 2016 en cuantía de \$689.000.

Expuso el demandante que el 17 de agosto de 2018 radicó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad del traslado efectuado por el demandante al RAIS, frente a lo cual obtuvo respuesta negativa; misma solicitud realizó ante OLD MUTUAL, entidad que respondió el 19 de septiembre de 2018 informando al demandante que para el 10 de octubre de 2018 el valor de su bono pensional era de \$128.216.947 por lo que se proyectaba una mesada pensional de \$4.035.978 por 13 mesadas.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que en efecto al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, por el contrario, se observa que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, indicó que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062-de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 01, folio 181 y 646).

OLD MUTUAL AFP (SKANDIA) se opuso a las pretensiones en su contra con sustento en que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS. Adicionalmente, indicó que solo puede reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos solicitados por el demandante una vez las entidades que tengan a cargo el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional, e incluso del bono pensional, procedan con su emisión y acreditación ante la AFP.

Formuló como excepciones de mérito las siguientes: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación en cabeza de OLD MUTUAL (archivo 01, folio 235 y 645)

ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA se opuso a las pretensiones formuladas en su contra argumentando que dicho hospital no es una entidad concurrente al pago del pasivo pensional y prestacional de las instituciones públicas de salud causados con anterioridad al 31 de diciembre de 1993.

Propuso las excepciones de fondo que denominó excepción de ausencia de responsabilidad de la ESE Hospital San Rafael de Cáqueza en la concurrencia al pago del pasivo prestacional y pensional del sector salud causado con anterioridad al 31 de diciembre de 1993 y la innominada (archivo 01, folio 415 y 624)

COLFONDOS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda como quiera que sí se brindó asesoría de manera integral y completa.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 01, folio 502).

DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto que el demandante prestó sus servicios a las ESE Hospital San Antonio del municipio de Anolaima y Hospital San Rafael de Cáqueza, entidades que de acuerdo con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son

entes independientes, autónomos diferentes del Departamento de Cundinamarca.

Adicionalmente, indicó que una vez revisados los formularios 10, 11 y 18 de CAMISA (Cálculo Actuarial Ministerio de Salud) no se encontró registrado el señor RAFAEL BERNANRDO SILGADO BERNAL como beneficiario por parte de las ESE demandadas, en la certificación de beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y, por consiguiente, no es beneficiario de los recursos del citado fondo por lo que su pasivo prestacional no puede ser financiado a través de los contratos de concurrencia.

Propuso como excepción previa la falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento de Cundinamarca, la falta de integración del litis consorcio necesario y las genéricas o innominadas (archivo 01, folio 523).

ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE ANOLAIMA se opuso a las pretensiones argumentando que no administra pensiones.

Propuso las excepciones de mérito denominadas excepción de confusión de derechos, inexistencia de derechos y pago del bono pensional (archivo 01, folio 596).

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que el demandante no figura registrado en el formulario del cálculo actuarial del Ministerio de Salud (CAMISA) y el Título VI, inciso cuarto, artículo 242 de la Ley 100 de 1993, estableció que *“Las Entidades del Sector deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el Fondo Prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades Territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993.”*

Propuso como excepciones de mérito las que denomino cobro de lo no debido, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones y prescripción (archivo 01, folio 670 y 823).

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opuso a lo pretendido indicando que esta entidad no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, no tiene competencia para decidir sobre solicitudes de reconocimientos y pago de derechos pensionales de sus afiliados ya que, por mandato legal, estos asuntos le corresponden a las Administradoras del Sistema General de Pensiones.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, buena fe y excepción genérica (archivo 01, folio 694).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia llevada a cabo el 18 de agosto de 2020, el Juez de conocimiento negó la excepción previa de falta de legitimación por pasiva propuesta por la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA, así como la de falta de reclamación administrativa e inexistencia del demandado propuesta por la ESE HOSPITAL DE SAN ANTONIO DE ANOLAIMA.

Adicionalmente, declaró probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario propuesta por la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA, por lo que se ordenó vincular a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES, así mismo se ordenó vincular de oficio a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA en calidad de litisconsorte necesario.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenó a SKANDIA S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores que este tuviere en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos que se hubieren causado, autorizó a descontar los valores que ha asumido para el reconocimiento y pago de la pensión provisional reconocida a favor del demandante, obligación que cesará en el momento en que quede ejecutoriada la presente decisión.

Adicional a ello, condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores cobrados por gastos de administración, declaró que los efectos fiscales de dicha decisión solo se surtirán a partir del momento en que se presentó la demanda, esto es, el 22 de enero de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS.

Como fundamento de su decisión, precisó el A quo que de conformidad con el deber de información previsto en la ley 100 de 1993, solo se puede entender que se tomó una decisión libre y voluntaria cuando se suministra suficiente información (características, beneficios y riesgos de los sistemas pensionales).

Adujo que el reconocimiento de la pensión provisional reconocida por SKANDIA se trata de una prestación reconocida de buena fe y con la finalidad de no vulnerar el derecho a la seguridad social, por lo que se reconoció a favor del actor en cuantía de un SMLMV a partir del mes de noviembre de 2016, pero que no ha sido reconocida conforme a los parámetros legales por no estar legalizados los periodos laborados en entidades públicas como corresponde, por lo que no se ha activado como tal la prestación de manera total y definitiva por lo que se puede concluir que, si bien los efectos de la ineficacia fueron negados para los pensionados en el RAIS por la imposibilidad que se genera para volver las cosas al estado anterior, en este caso no se cumple con la imposibilidad que se genera de retrotraer los actos necesarios con terceros para el reconocimiento pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

APODERADO DEMANDANTE: interpuso recurso de apelación frente a la autorización del descuento de lo pagado por concepto de pensión provisional, adujo que el demandante no aceptó la pensión de salario mínimo basada exclusivamente en los aportes del fondo; además, expuso que no se constituye la calidad de pensionado ni siquiera provisional por lo antes mencionado.

COLPENSIONES: manifestó que no se desconoce la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante porque al 1 de abril de 1994 tenía 40 años de edad, pero debe tenerse en cuenta lo expuesto en el inciso 4 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la afiliación del demandante al RAIS fue libre y voluntaria. Además, se debe tener en cuenta que el demandante es pensionado. Adicionalmente, indicó que la decisión adoptada por el Juez de conocimiento impacta el sistema financiero del RPM.

En la oportunidad procesal el apoderado del **MINISTERIO DE HACIENDA** presentó recurso de apelación, sin embargo, mediante escrito allegado a esta colegiatura el 17 de noviembre pasado, en virtud de la prueba de oficio decretada por el Tribunal, manifestó que no se tuviera en cuenta el recurso impetrado.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante, Skandia, Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, presentaron alegaciones finales.

DEMANDANTE: precisó que el demandante no recibió información suficiente, amplia y oportuna al momento de efectuar su afiliación al RAIS.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA: indicó que el demandante no figura registrado en el formulario del cálculo actuarial del Ministerio de Salud (CAMISA), por lo que es la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA la entidad responsable y competente para pagar la cuota parte pensional del demandante.

MINISTERIO DE HACIENDA: adujo que no es la entidad llamada a discutir la viabilidad de los fundamentos y pretensiones de la demanda, como quiera la OBP responde únicamente por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación.

Expuso que el bono pensional tipo A al cual se hizo referencia en el escrito de contestación de demanda, solo mantendrá su vigencia si el Señor Silgado Bernal continúa siendo afiliado del RAIS a través de la AFP Old Mutual, dado que, en el evento de mantener la decisión del a quo en referencia a la ineficacia de la afiliación y su retorno al RPMPD, el bono pensional Tipo “A” desaparece por resultar éste totalmente incompatible con el Régimen pensional al cual pertenecería el Señor en mención.

Finalmente, puso de presente que la cuotapartista ESE Hospital San Rafael de Cáqueza – Cundinamarca, a la fecha no ha confirmado la historia laboral utilizada para liquidar el bono pensional, ni mucho menos ha reconocido y pagado la obligación a su cargo, procedimiento indispensable para que en su momento la “OBP” del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hubiese logrado gestionar la solicitud de emisión y redención elevada por la AFP Old Mutual.

SKANDIA señaló que no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto, ninguna condena en su contra está llamada a prosperar.

COLPENSIONES manifestó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003; además, no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, por lo que se advierte que está válidamente afiliado al RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aun cuando se reconoció a su favor pensión provisional y, en caso de ser negada la pretensión anterior, en subsidio, se deberá determinar qué entidad es la competente del pago de la cuota parte pendiente para el reconocimiento del bono pensional por el tiempo laborado en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CÁQUEZA.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo “Proceso Ordinario 2019-00052”

- A folio 29, cédula de ciudadanía del demandante en la que se constata que nació el 10 de diciembre de 1953.
- A folio 32, comunicación del 3 de junio de 2014 dirigida al Hospital San Antonio de Anolaima, solicitando certificar los tiempos laborados por el demandante.
- A folio 37, respuesta del 23 de diciembre de 2015, de OLD MUTUAL mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez hecha por el demandante.
- A folio 39, respuesta del 03 de febrero de 2016 emitida por la Unidad de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.
- A folio 41, derecho de petición de fecha 20 de abril de 2016 a través del cual la AFP OLD MUTUAL solicita al Hospital San Antonio de Anolaima el reconocimiento y pago de la cuota parte del Bono Pensional.
- A folio 43, respuesta del hospital San Rafael de Cáqueza.
- A folio 44, solicitud de reconocimiento de pensión de vejez radicada por el demandante el 08 de julio de 2016.
- A folio 50, respuesta del 21 de julio de 2016 por parte del Hospital de Anolaima.
- A folio 58, solicitud de modificación de la certificación laboral formatos 1 y 2.
- A folio 59, comunicación del 06 de octubre de 2016, en la que se le indica al demandante el estado del trámite de la pensión.
- A folio 61, comunicación del 08 de noviembre de 2016, referente a la aprobación de pensión de vejez provisional.
- A folio 69, respuesta del demandante a la pensión provisional.
- A folio 70, certificado de información laboral.

- A folio 74, respuesta del 17 de julio de 2017, emitida por el Hospital San Rafael de Cáqueza sobre el reconocimiento y pago del Bono.
- A folio 88, respuesta emitida por COLPENSIONES el 21 de agosto de 2018, negando la solicitud de nulidad de traslado al RAIS.
- A folio 99, formato de afiliación a SKANDIA.
- A folio 104, historia laboral consolidada.
- A folio 117, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 433, solicitud de empleo dirigida al Hospital de Cáqueza el 24 de julio de 1979.
- A folio 443, Resolución 229 del 25 de julio de 1979 por medio de la cual se nombró al demandante en el Hospital de Cáqueza.
- A folio 449, certificación laboral expedida por el Hospital de Cáqueza el 3 de marzo de 1999.
- A folio 459, certificado de información laboral.
- A folio 539, certificación de beneficiario del pasivo prestacional sector salud.
- A folio 554, fallo de acción de tutela negada por improcedente.
- A folio 566, certificado de pasivo pensional del sector salud.
- A folio 610, Resolución No. 062 del 10 de abril de 2019 por medio de la cual la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE ANOLAIMA reconoció y pagó la cuota parte del bono pensional.
- A folio 613, formato de transacción bancaria.
- A folio 614, detalles del cupón de la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE ANOLAIMA.
- A folio 649, historial de vinculaciones.
- A folio 727, detalles del bono pensional.
- A folio 751, contrato de concurrencia celebrado entre el Ministerio de Salud y el Departamento de Cundinamarca.
- A folio 767, certificación de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Departamento de Cundinamarca.

Archivo “contestación SKANDIA”

- A folio 3, formato de afiliación.
- A folio 4, historia laboral consolidada.
- A folio 17, información del bono pensional del demandante.
- A folio 51, respuesta del 29 de julio de 2014 en la que se le solicita al demandante firmar la liquidación provisional del bono pensional.
- A folio 53, solicitud de pensión radicada en la AFP el 23 de diciembre de 2015.
- A folio 74, respuesta negativa a la solicitud de dejar sin efecto la afiliación del demandante.
- A folio 86, certificado de COLFONDOS.

Interrogatorio de parte al demandante.

Archivo 18 – Segunda Instancia

- Certificado de no pensión del demandante emitido por Skandia, prueba decretada de oficio.

Caso Concreto

Para definir la instancia, sea lo primero señalar que si bien se advierte que el demandante elevó solicitud de reconocimiento pensional ante la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA), a lo cual obtuvo respuesta el 23 de diciembre de 2015 indicándole que se realizaría el estudio de la prestación (fl. 57, subsanación SKANDIA); posteriormente, en respuesta emitida el 06 de octubre de 2016, la AFP OLD MUTUAL le indicó al demandante que teniendo en cuenta que los HOSPITALES SAN RAFAEL DE CÁQUEZA Y SAN ANTONIO DE ANOLAIMA no han procedido con el reconocimiento y pago de las cuotas partes correspondientes del bono pensional, se procedería con el reconocimiento de una pensión provisional por valor de un salario mínimo (archivo 1, folio 59), la cual fue aprobada el 08 de noviembre de 2016, pagadera a partir del 01 de noviembre de 2016 en cuantía de \$689.000.

No obstante, el demandante manifestó que no aceptaba tal prestación y a la fecha no se encuentra pensionado ni siquiera, recibiendo una pensión provisional, puesto que así se desprende de la certificación proferida por SKANDIA a solicitud de esta instancia y visible en el archivo 18 del cuaderno de segunda instancia donde consta:

Que el señor (a) RAFAEL BERNARDO SILGADO BERNAL identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 19218099 se encuentra afiliado al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIO SKANDIA desde el 01 de noviembre de 2007 con el número de contrato 700001080107.

El afiliado no presenta ninguna prestación de pensión reconocida por parte de esta administradora.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el demandante no es beneficiario de ningún tipo de pensión por parte de SKANDIA y solo ostenta la calidad de afiliado, sin ser pensionado, procederá la sala a resolver el recurso de alzada así:

De la documental aportada se evidencia que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 12 de marzo de 1999 (archivo 1, folio 522), momento para el cual tenía 45 años de edad, de conformidad con la cédula

de ciudadanía visible a folio 29 del archivo 1, por lo que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP COLFONDOS S.A., rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento de defensa de COLPENSIONES sobre el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, se encuentra que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior, se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo

al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u

obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688- 2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de

traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(…) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó,

dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional

De otro lado, frente a la oposición del demandante respecto de la decisión del juez de autorizar *"descontar el valor de la pensión provisional reconocida ya por la AFP SKANDIA, hasta el momento en que se produzca su reconocimiento, obligación que permanecerá hasta el momento en que quede ejecutoriada la presente decisión."*, teniendo en cuenta la certificación allegada por SKANDIA en la que se informa que el demandante se encuentra afiliado y no pensionado, hay lugar a revocar tal autorización pues al demandante no se le ha pagado valor alguno por concepto de pensión provisional.

Ahora, dado que en la sentencia de primera instancia se fijó unos efectos fiscales para la pensión de vejez por virtud de la pensión provisional, es de anotar que al no haberse hecho efectiva la misma y al no encontrarse los recursos de la cuenta individual del demandante en COLPENSIONES, esa decisión de primera instancia deberá ser revocada, ya que la pensión deberá ser definida conforme a las normas que aplican para cada caso en particular tanto para su causación como exigibilidad.

En cuanto a la manifestación del apoderado del Ministerio de Hacienda, se evidencia que mediante escrito allegado el 27 de noviembre de 2022 vía correo electrónico, manifestó que no se tengan en cuenta los argumentos

del recurso de apelación, de lo que se infiere un desistimiento del recurso. En ese entendido, SE ACEPTA el desistimiento presentado por el apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA, toda vez que le asiste facultad para ello y cumple con lo exigido en los artículos 314 y subsiguientes del C.G.P., de conformidad con el poder otorgado y visible en la carpeta 43 del expediente digital.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas, el cual quedará así: **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA, a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual a nombre del demandante, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado, lo que hubiere cobrado por concepto de gastos de administración.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

CUARTO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación presentado por el apoderado del Ministerio de Hacienda, de conformidad con lo expuesto.

QUINTO: SIN COSTAS en la presente instancia.

SEXTO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROSA EMILIA OLAYA SANTANA Y SEGUNDO ABEL DAZA
BAUTISTA

DEMANDADO: JUNTA DE ACCION COMUNAL DEL BARRIO CIUDAD BERNA
BOGOTA

RADICADO: 11001 31 05 029 2020 00236 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la junta demandada desde el mes de agosto de 2012 hasta el 18 de agosto de 2017, y, como consecuencia de ello, se condene por concepto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes en seguridad social, gastos del proceso y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señalaron los demandantes que viven como compañeros permanentes desde hace varios años, que firmaron con la encartada un contrato de prestación de servicios el 28 de noviembre de 2010, que las funciones eran garantizar la seguridad social del salón comunal las 24 horas del día, los 7 días de la semana, que también se encargaban del alquiler del salón, asearlo, tenerlo bien presentado.

Manifestaron que recibieron una habitación dentro del salón comunal para que vivieran con su familia, que recibían ordenes y debían cumplir horario, que los demandantes fueron despedidos sin justa causa por medio de una diligencia de lanzamiento realizada por el Juzgado 19 de Descongestión Civil Municipal de Bogotá el 18 de agosto de 2017 (archivo 5).

JUNTA DE ACCION COMUNAL DEL BARRIO CIUDAD BERNA BOGOTÁ procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que se están reclamando acreencias laborales que no les corresponden porque el contrato laboral nunca existió.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido e impertinente cobro, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato de prestación de servicios a cargo de mi representada y a favor de los demandantes, inexistencia de la relación laboral, la inexistencia de las obligaciones y carencia de causa (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a los demandantes.

Consideró la juez a quo que, analizado el material probatorio, no se logró demostrar la prestación personal del servicio por el tiempo que se indica en la demanda, por lo que no se demostró la presencia de los elementos del contrato de trabajo por el tiempo alegado por los demandantes y debía absolverse a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, solicitó revocar la sentencia y, en su lugar, conceder las pretensiones de la demanda, argumentó que no se realizó una correcta valoración probatoria de los interrogatorios y los testimonios practicados, porque con esos elementos de prueba se logró establecer, con base en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que existió un contrato de trabajo entre sus poderdantes y la Junta de Acción Comunal del Barrio Ciudad Berna por cuanto los demandante realizaron personalmente sus funciones de vigilancia, aseo, servicios varios y mensajería para dicha Junta; además, tenían un horario de 24 horas los siete días de la semana y recibían ordenes de los dignatarios de la Junta de Acción comunal.

ALEGACIONES

El apoderado de los demandantes presentó escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, determinar si hay lugar a condenar al pago de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 05

- A folio 23, contrato de suministro de servicio de administración, mantenimiento y seguridad al salón comunal del barrio Ciudad Berna, suscrito por las partes de este proceso desde el 01 de diciembre de 2011 hasta el 01 de diciembre de 2012.
- A folio 26, respuesta del 12 de diciembre de 2015.
- A folio 30, Constancia firmada por residentes del Barrio Ciudad Berna donde se indica que dan fe que los demandantes laboraron para la pasiva desde el 28 de noviembre de 2010 hasta el 18 de agosto de 2017.

Archivo 12

- Proceso ante el Juzgado 19 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá.
- Interrogatorios de las partes.
- Testimonio de Janeth Barbosa Prieto y Yudy Saide Correa Jiménez.

Caso concreto

En este asunto, la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de noviembre de 2010 hasta el 18 de agosto de 2017, pretensión que no prosperó pues en criterio de la juez a quo no se acreditaron los elementos del contrato de trabajo.

Pues bien, para resolver el problema jurídico se tiene que el artículo 23 del CST consagra los requisitos del contrato de trabajo, y el artículo 24 del mismo compendio normativo establece que una vez acreditada la prestación personal

de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción ya citada, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.

Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP, ha señalado que la obligación está a cargo de quien alega los hechos, y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL).

En ese orden de ideas, se analizará el conjunto de pruebas que obran en el proceso para determinar una y otra situación.

Rindió interrogatorio el representante legal de la JAC el señor *Jorge Alberto Barreto Moreno*, quien señaló que es representante desde el 1 de julio de 2016, que en el momento que los demandantes suscribieron el contrato de prestación de servicios, él se encontraba como afiliado, pero no estuvo en la negociación, no participaba en las actuaciones de la junta hasta que fue representante; que él nunca le dio órdenes a ellos, que las reuniones de junta directiva las hacía en las casas porque no podía hacerlas en el salón comunal, solo las hacía si los demandantes le daban permiso de entrar, que nunca tuvo llaves del salón ni acceso libre al salón y las reuniones le tocaba hacerlas en cafeterías, en las casas de los vecinos. Preciso que cuando llegó al cargo el 1 de julio ya había un proceso judicial de restitución del inmueble y se siguió el proceso hasta que dio feliz término, que sabía que era un contrato de arriendo porque los demandantes le mostraron la consignación de pago de arriendos que ellos hicieron.

Por su parte, la demandante *Rosa Emilia*, al surtir el interrogatorio expuso que entró a trabajar el 29 de noviembre de 2010, que no recibió prestaciones sociales ni pago de aportes a seguridad social por la demandada, solo el sueldo, que era cierto que desde mediados de 2011 decidieron no acatar lo acordado en el contrato de prestación de servicios intentando entrar en una posesión ilegal de todo el salón comunal; que en el 2017 los sacaron del salón comunal y no les pagaron, que recibía \$460.000 mensuales y de eso les tocaba pagar \$65.000 de arriendo. Expuso que ella y el demandante llegaron al salón comunal por parte del esposo de la señora Nancy Pardo, el señor Alberto Tovar, que los citaron al salón, les dieron la habitación y les dieron una hojita de lo que había en el salón; que sus funciones con el salón eran arreglarlo, recibir los clientes, los abuelos, ir y tráele las onces. Señaló que su horario eran las 24 horas, que recibía ordenes de la señora presidenta, que cuando se alquilaba el salón debía recibir al cliente y verificar que pagaran.

El demandante *Segundo Abel Daza*, preciso que laboró para la empresa Calle Impresores Ltda. desde el 2013 hasta el 13 de julio de 2022, que ganaba \$1.600.000; que pagaba arriendo por el inmueble de la JAC por la suma de \$65.000, los cuales consignaban en una cuenta de Davivienda, que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios nunca recibieron pago de prestaciones sociales y aportes; que los inconvenientes con los dignatarios de la JAC se debía a que había muchos problemas con la demandante. Indicó que llegó a trabajar a la Junta de Acción Comunal del barrio Ciudad Berna porque él estaba trabajando cuidando carros por la carrera 27 y el señor Luis Alberto Tovar el esposo de la señora Nancy la presidenta de la junta, trabajaba por ahí, entonces él le dijo que fuera para allá y que hablara con su esposa a ver que decía, a los 8 días lo llamaron, le presentaron el salón, al cual fue con

su señora, les dieron una habitación, un baño, una cocina que era compartida con los del evento. Expuso que los fines de semana cuando había evento le tocaba estar pendiente de los carros, de la gente por ahí que no formaran problema y llamar a la policía y estar pendiente constantemente. Señaló que cuando se fue a trabajar a la otra empresa con el señor Calle ya no estaban recibiendo salario de la JAC y por eso le tocó ir a buscar su sustento; que con el señor Calle trabajaba de 6 am a 6 pm y trabajaba de lunes a viernes y los fines de semana en la JAC pendiente en los eventos.

Al declarar la señora *Janeth Barbosa Prieto*, dijo que conoció a los demandantes en el salón comunal de la JAC de ciudad Berna, los conoció para unas elecciones de la junta de acción, que no recuerda si fue para el 2014 o 2015, que tiene entendido que eran los que cuidaban el salón, señaló que no sabe que tipo de contrato tenían y que en el barrio se rumoraba que se fueron porque se querían adueñar del salón.

Finalmente, la señora *Yudy Saide Correa Jiménez* precisó que hacía parte de la JAC en el periodo del 2013 al 2016 en el cargo de vicepresidente, que los demandantes residían dentro del apartamento del salón comunal en calidad de arrendatarios y cuando se cumplió el contrato de prestación de servicios ellos no querían salir del salón comunal. A la pregunta de si sabía si los demandantes prestaban algún servicio para el salón, respondió que ella siempre supo que ellos residían ahí pero no más, expuso que la señora Rosa no nos dejaba entrar al salón y hubo conflicto por eso y no podían hacer los eventos y con eso era que se sostenía el salón, que a veces le permitía la entrada, pero a veces a lo último, ya era un poco difícil. Que durante el tiempo que la testigo participó en la junta, al principio era ella la encargada de mostrar el salón, pero Rosa, ella por su cuenta daba la información. afirmó bajo la gravedad de juramento que mientras fue vicepresidenta de la junta ellos no prestaron servicios de aseo o cuidado del salón o mostrar el salón. Expuso que tuvo que presentar una denuncia porque Rosa abusaba del poder, que en un evento se quedó con el dinero del alquiler del salón y dijo que lo iba a devolver y nunca lo hizo; finalmente, indicó que se hicieron varios ofrecimientos conciliatorios con los demandantes con el fin de conciliar amablemente un conflicto, no porque hubiera una relación laboral sino conseguir que ellos salieran del apartamento del salón comunal. De una manera amigable terminar un conflicto.

Pues bien, de las declaraciones antes citadas junto con las documentales aportadas, se puede concluir que entre las partes existió un contrato de arrendamiento puesto que así se desprende de la sentencia proferida por el Juzgado diecinueve (19) Civil Municipal de Descongestión; que el inmueble objeto de arriendo estaba ubicado en el salón comunal de la JAC demandada

y que dicho contrato fue terminado por mandato de autoridad judicial que ordenó la restitución del inmueble por parte de los arrendatarios, hoy demandantes (archivo 12).

Adicionalmente, se logró demostrar que entre las partes se suscribió un contrato de suministro de servicio de administración, mantenimiento y seguridad al salón comunal del barrio Ciudad Berna, suscrito por las partes de este proceso desde el 01 de diciembre de 2011 hasta el 01 de diciembre de 2012, sin que se evidencie que el mismo haya sido prorrogado. Se advierte que en el objeto del contrato los demandantes debían garantizar la seguridad del salón y velar por el alquiler, manteniendo el salón con buena presentación (archivo 5, folio 23).

De otra parte, advierte la Sala que, si bien se probó la suscripción del contrato de prestación de servicios antes mencionados durante el lapso del 01 de diciembre de 2011 hasta el 01 de diciembre de 2012, pues ello se advierte de la documental visible a folio 26 del archivo 5; es de anotar que no se acredita la prestación del servicio en los términos indicados en la demanda, ni mucho menos el requisito de subordinación que es propio de los contratos de trabajo; nótese primero que es la misma demandante la que informó en el interrogatorio que desde 2011 decidieron no acatar lo acordado en el contrato de prestación de servicios, y segundo se acredita que los demandantes tuvieron la calidad de arrendatarios, que fueron desalojados del predio en virtud de un proceso judicial, aunado que no es posible para un ser humano prestar un servicio personal de 24 horas durante siete días.

Recuérdese que de las pruebas se deduce la autonomía de los arrendatarios, al punto que no rendían cuentas de las labores que ejecutaban ni tampoco hacían entrega de los dineros recaudados por el uso del salón comunal.

Corolario se encuentra que no se prueba en el presente proceso una prestación personal del servicio de los demandantes a favor de la Junta de Acción Comunal demandada durante el periodo señalado en la demanda, esto es, desde el 28 de noviembre de 2010 hasta el 18 de agosto de 2017, fecha esta última que coincide con la fecha de desalojo, aunado a que en diferentes elementos de prueba se señala que los demandantes no prestaron el servicio señalado en el contrato de prestación de servicios.

De conformidad con lo indicado, no es posible colegir para la Sala que los señores ROSA EMILIA OLAYA SANTANA Y SEGUNDO ABEL DAZA BAUTISTA hubieren prestado sus servicios en favor de la demandada como lo afirman en los hechos de la demanda.

Además, no se puede pasar por alto que durante un lapso de tiempo del cual se pretende el reconocimiento de la relación laboral, más específicamente desde el 2013 hasta el 13 de julio de 2022, el señor Daza aceptó trabajar como empleado al servicio de otra empresa cumpliendo horario de 6 am a 6 pm de lunes a viernes, por lo que se desvirtúa su afirmación de que trabajaba para la encartada 24 hora al día los 7 días de la semana, reiterando, además, que no existe prueba alguna de tal manifestación.

En el presente caso, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba sobre la prestación del servicio para activar a su favor la presunción de subordinación, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de la primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

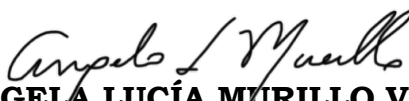
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA PARDO PINZÓN

DEMANDADO: RETAIL LATAM S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00033 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022 a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes respecto de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a pagar con destino a la entidad que se encuentre afiliada el cálculo actuarial o el valor diferencial, que corresponde al concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento, causados entre el mes de enero de 2016 al mes de enero de 2018, en los montos que resulten calculados en el dictamen pericial o en los valores que resulten probados; se reliquide el valor de las prestaciones sociales y vacaciones causadas en los últimos tres años de servicio sobre el valor del promedio real del salario de cada uno de esos años incluyendo para tal efecto el concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento; la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST a partir del 31 de enero de 2019 hasta que se efectúe el pago; la sanción por no pagar oportunamente las cesantías conforme al artículo 99 del decreto 1160 de 1989; la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato; la indexación y las costas y agencias en derecho. (archivo demanda).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que trabajó para RETAIL LATAM S.A.S. en la modalidad de contrato a término indefinido del 1 de junio de 2013 al 31 de enero de 2019, desempeñó el cargo de representante de ventas a bordo (Duty Free) dentro las rutas internacionales que opera la aerolínea Avianca S.A.; la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el 31 de enero de 2019; le pagaban por sus servicios un salario variable que estaba compuesto, entre otros factores, por los viáticos de manutención y alojamiento que la empresa cancelaba de manera permanente, razón por la que el salario variaba mes a mes dependiendo del tiempo de permanencia en el exterior y el destino al cual era enviada con ocasión del servicio laboral que prestaba; el salario que se le pagó incluyó en su totalidad el factor salarial de viáticos por alojamiento hasta el mes de enero de 2016, momento en el que únicamente se le empezó a reconocer lo pagado por hospedaje en los destinos excluidos de los pagos directos que por ese concepto hacía el empleador, a partir de diciembre de 2017, la demandada dejó de tener en cuenta como factor salarial la totalidad de los viáticos por alojamiento, suprimiéndolos de los desprendibles de pago, de la base para cotizar la seguridad social en pensiones y para la liquidación de prestaciones sociales; la desalarización que se le dio a los viáticos destinados a cubrir el alojamiento se vivió en dos etapas, la primera desde el mes de enero de 2016, momento en que solo se tuvo en cuenta los pagos que no realizaba directamente la demandada a los hoteles, realizados directamente, y la segunda a partir del mes de diciembre de 2017 donde se suprimió por completo el concepto salarial hasta la finalización de la relación laboral.

RETAIL LATAM S.A.S. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no tiene obligaciones pendientes con la demandante por ningún concepto legal o constitucional. No se acreditó en el expediente que la demandante tuviera derecho a viáticos adicionales a los ya reconocidos, aunado a que ha actuado de buena fe y durante la relación laboral le informó a la demandante los momentos y eventualidades que daban lugar a los viáticos y ella no presentó reclamación alguna durante la vigencia de la relación laboral.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, compensación y excepción genérica. (carpeta 007. Contestación demanda).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de septiembre de 2022, condenó a la demandada a reconocer y pagar por concepto de reliquidación prestaciones sociales y vacaciones las siguientes sumas: cesantías, \$4.906.201; intereses de cesantías \$574.443; Prima de servicios \$2.446.336; vacaciones \$1.953.735, indemnización por terminación del contrato sin justa causa \$9.659.474, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago. A pagar los aportes a seguridad social en pensiones, según el cálculo actuarial que realice el fondo discriminando periodos y sumas, declaró probada la excepción de prescripción respecto de prestaciones causadas con anterioridad al 27 de enero de 2018, condenó al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST por valor de \$110.221.296 y en costas, fijó como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

Se consideró para emitir la anterior decisión que se acreditó que la demandante pernoctó en diferentes ciudades y se valoró la prueba respecto de las tarifas establecidas por la misma compañía, por lo que hay lugar a reliquidar las prestaciones, vacaciones e indemnización por terminación del contrato; condenó a la indemnización moratoria porque la conducta del empleador no fue justificada y no a la sanción por no consignación de cesantías porque operó el fenómeno de la prescripción sobre emolumentos causados con anterioridad al 27 de enero de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de las partes.

DEMANDANTE: con el objeto de que se imponga la sanción por no consignación de cesantías, dada las consideraciones de mala fe expuestas por el juzgado.

DEMANDADA: para que se revoque totalmente la sentencia por indebida valoración probatoria, en la medida que las pruebas no permiten determinar la certeza sobre los viáticos causados y en el dictamen no se especificó los elementos de juicio que dieron lugar a calcular los viáticos. Se declare la ocurrencia de la prescripción porque el derecho de petición no interrumpió el término al no contener una reclamación. Es contradictorio que no se haya condenado a la sanción moratoria del artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y si a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, cuando las dos se basan en el mismo supuesto de carencia de buena fe. No se tuvo en cuenta que hay un tercero involucrado porque los dineros de los viáticos no fueron pagados por la demandada sino por el tercero que originó el servicio. Y se absuelva de las costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron sendos escritos de alegaciones.

El apoderado de la parte demandante indica que se acredita por las funciones de la actora que debía viajar de manera permanente y, en consecuencia, el pago por concepto de alojamiento constituía un factor salarial; el dictamen pericial es válido como consecuencia de que la demandada debiendo informar el concepto salarial pagado, pues era la que contrataba y pagaba por el alojamiento, se rehusó por todos los medios hacerlo; aunado a que el perito informó la metodología utilizada para calcular el costo de los viáticos de alojamiento. Que procede el pago de la sanción por no consignación de las cesantías.

Solicitó se ordene a la demandada certificar los valores que pagó por el alojamiento de la demandante, en virtud de que la prueba fue solicitada, y no se practicó por negativa de la demandada.

El apoderado de la parte demandada señala que el dictamen pericial no cumple con la finalidad de demostrar la situación de los hechos (viáticos) en la medida en que al responder las preguntas señaló que no podía dar fe de que la actora hubiese pernoctado en las noches que se relaciona en el informe pericial. Adicionalmente, señaló que no se probó en el curso del proceso la existencia de los viáticos alegados.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión incluyendo como factor salarial los viáticos por alojamiento, si operó o no el fenómeno de la prescripción, si hay lugar a la condenas por las sanciones moratorias y costas del proceso.

Pruebas relevantes

Subsanación de la demanda

- Contrato de trabajo a término indefinido personal de ventas.
- Carta de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa de 31 de enero de 2019.
- Cambio de hoteles Operación RETAIL LATAM a partir de 1 de noviembre de 2015,

- Actualización de cuadro viáticos y hoteles de 8 de abril de 2014.
- Constancia de trabajo desde 1 de junio de 2013 hasta 31 de enero de 2019.
- Información historia laboral Protección.
- Circular interna No. 1 de 16 de agosto de 2013, salarios y deducciones.
- Derecho de petición presentado el 22 de mayo de 2019.
- Respuestas derecho de petición de 13 de junio de 2019.
- Volantes de pago.
- Itinerarios de viaje
- Liquidación contrato.
- Derecho de petición de 25 de julio de 2019 y respuesta de 12 de agosto de 2019.
- Formatos de anticipo de viáticos.
- Sentencia de tutela de 17 de octubre de 2019.
- Cumplimiento sentencia de tutela, respuesta de derecho de petición.
- Solicitud de apertura incidente de desacato.
- Auto que declara impropero el incidente de desacato.
- Sentencia segunda instancia acción de tutela de 29 de noviembre de 2019.

Carpeta contestación de la demanda

- Contrato de trabajo
- Comprobantes de pago.
- Comprobantes de egreso caja de operaciones.
- Liquidación contrato de trabajo.
- Respuestas a derechos de petición y derechos de petición.
- Correo inexistencia de pruebas.
- Dictamen pericial.
- Interrogatorio de partes
- Testimonios de Mercedes Bermejo Camacho, Sebastián Arango y Ana María Ruiz Duque.

Caso concreto

En el presente asunto no se presentó discusión frente a que entre las partes existió un contrato de trabajo desde del 1 de junio de 2013 hasta el 31 de enero de 2019, desempeñó el cargo de representante de ventas a bordo (Duty

Free) dentro las rutas internacionales que opera la aerolínea Avianca S.A., y el contrato se terminó sin justa causa el 31 de enero de 2019.

El conflicto se verifica porque la actora considera que se pagaron las prestaciones sociales y sus aportes a pensión sin tener en cuenta el concepto de alojamiento de los viáticos permanentes que se generaron desde el mes de enero de 2016 hasta el mes de enero de 2019, por lo que pretende se reliquide las prestaciones sociales, vacaciones y los aportes a la seguridad social en pensiones.

La sentencia de primera instancia ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa y condenó a pagar los aportes a seguridad social en pensiones teniendo en cuenta los salarios reliquidados y la indemnización por falta de pago contenida en el artículo 65 del CST.

La parte demandada presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia, indicando que no se realizó una verdadera valoración probatoria, que la prescripción no se interrumpió con el derecho de petición de la actora dirigido a la demandada, que no hay carencia de buena fe para la imposición de la indemnización por no pago y que no procede la condena en costas. A su vez, la parte demandante argumenta que se debe condenar a la sanción por no consignación de cesantías.

Para resolver los recursos de apelación, lo primero que se determina es que la juez declaró probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 27 de enero de 2018, señalando la parte demandada que el derecho de petición presentado por la demandante el 22 de mayo de 2019 no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción porque no se refiere a una reclamación de los derechos pretendidos en la demanda.

Para resolver, se tiene que se declaró la prescripción sobre las prestaciones causadas con anterioridad al 27 de enero de 2018, decisión que no hace referencia a la fecha de la presentación del derecho de petición sino a la fecha de presentación de la demanda, que lo fue el 27 de enero de 2021, de tal manera que al tener en cuenta la juez la fecha de presentación de la demanda hay lugar a confirmar la decisión por cuanto de conformidad con el artículo 94 del Código General del Proceso la presentación de la demanda interrumpe la prescripción, máxime que en el presente caso se notificó dentro del término de un año señalado en la norma en mención.

Definido el tema de la prescripción, se debe verificar el argumento del recurso de apelación sobre la valoración de las pruebas.

Lo primero que se ha de señalar es que el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, consagra que los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

Lo segundo que se acredita en el proceso es que la actora para el desempeño de sus labores debía trasladarse de su domicilio principal, tal como se indica en la cláusula segunda del contrato de trabajo y se colige de la exposición de los testigos. Mercedes Bermejo Camacho señaló que la actora desempeñaba el cargo de representante de ventas a bordo en vuelos de Avianca; así mismo de las exposiciones de los testigos se deduce que la actora pernoctó en varias ocasiones fuera de la ciudad donde desempeñaba sus labores.

Tercero, si bien el apoderado de la parte demandada señala que el informe presentado por el perito no genera certeza ni conocimiento de los datos que hacen parte del dictamen; lo cierto es que revisado los documentos aportados al proceso y sobre los que se basa el informe pericial se encuentra que el dictamen se construyó sobre los diferentes documentos emitidos por la demandada, entre ellos, las comunicaciones sobre tarifas de hoteles, la respuesta en cumplimiento al fallo de tutela, el itinerario de viáticos, desprendibles de nómina, etc..

De tal manera que al ser los documentos emitidos por la demandada y que no fueron desconocidos en el trámite del proceso y ser valorados de conformidad con los criterios señalados en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se llega a la conclusión de que la actora pernoctó en varias ciudades diferente al domicilio de la prestación del servicio y que el pago del alojamiento en ellas no se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones.

Ahora, en relación con el argumento que el pago de ese alojamiento fue realizado por un tercero, es de anotar que en el proceso no obra prueba sobre tal situación, para valorar su relevancia en el presente caso.

Es válido recordar que la jurisprudencia ha insistido que, cuando en proceso judicial el trabajador afirma haber recibido viáticos permanentes, que en desarrollo del contrato o a la terminación del mismo no se le tuvieron en

cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones, es a esta parte la que corresponde la carga de la prueba en ese sentido, al ser este el supuesto de hecho que le da fundamento a la pretensión; de igual forma es sabido que al empleador le corresponde el deber legal de precisar, cuando efectúa el pago de viáticos, cuáles están destinados a cubrir gastos de alimentación y alojamiento.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en explicar que el carácter permanente de los viáticos no solo se deriva de la periodicidad de los desplazamientos, la cual debe ser regular y en número importante, sino también de la naturaleza de la actividad ejecutada por el trabajador por fuera de su sede de trabajo, la cual debe enmarcarse en el ámbito de su contrato de trabajo y del desempeño de la labor subordinada.

En sentencia SL 3828 de 2021 dicha Corporación indicó:

*“Pese a lo anterior, el legislador no estableció un criterio para determinar cuándo los viáticos son permanentes, contrario a lo que sucede con los accidentales, que en el ordinal tercero del mencionado artículo 130, los definió como «[...] aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente», de ahí que ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de fijar las pautas para definir cuándo este concepto ha de considerarse permanente, que básicamente se refieren a: **i)** la naturaleza de la labor desempeñada por el trabajador, que exija un requerimiento laboral ordinario, habitual o frecuente de desplazamiento fuera de la sede de trabajo, en contraposición al extraordinario, no habitual o poco frecuente, que emplea la norma para los accidentales, y **ii)** la periodicidad regular y la cantidad apreciable de tales desplazamientos (CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33156).*

*...En este orden de ideas, de acuerdo con lo ya expuesto, **para que los viáticos, en este caso el «auxilio de hospedaje», tengan incidencia salarial, se requiere que tengan carácter habitual; que los desplazamientos sean por órdenes del empleador; las actividades encargadas estén relacionadas con las funciones propias del cargo y se otorguen para gastos de alojamiento, características estas que imperiosamente deben cumplirse para darle connotación salarial a tales pagos.**”*

En ese orden de ideas, se encuentra que en este asunto existieron desplazamientos ordenados por el empleador tal y como se desprende de los

itinerarios aportados por la accionada, también se prueba que dichos desplazamientos se encontraban relacionados con las funciones propias del cargo de representante de ventas que ostentaba la demandante, que en varias ocasiones pernoctó en ciudades diferentes al domicilio contractual y que el pago de alojamiento no se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, cumpliendo la demandante con la carga de la prueba que le competía, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

En relación con el argumento sobre la carencia de buena fe para la imposición de la indemnización moratoria, es de anotar que no se acredita en el expediente las razones que indiquen una conducta de buena fe del empleador, ya que no probó la intervención del tercero señalado en el recurso de apelación ni tampoco las razones por las cuales modificó las condiciones de pago del alojamiento en las fechas en que la demandante pernoctó fuera del país en cumplimiento de las funciones asignadas para el desempeño del cargo. En consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Respecto del recurso de apelación de la parte demandante sobre la imposición de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, al no desvirtuarse las razones de la imposición de la indemnización moratoria hay lugar a imponer la sanción por no consignar el valor correcto de las cesantías, y dado que el fenómeno de prescripción se refiere a los conceptos causados antes del 27 de enero de 2018, hay lugar a imponer la sanción por no consignación de cesantías, consagradas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, respecto de la falta de consignación de las cesantías causadas durante el periodo 2017 cuyo plazo máximo de consignación venció el 14 de febrero de 2018, por el valor de \$25.327.867,78; valor que se obtiene de multiplicar un día de salario por los días de mora desde el 15 de febrero de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Frente al argumento de recurso sobre la imposición de costas, es de señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso consagra las costas a cargo de la parte vencida en juicio y como en este caso la demandada fue condenada al reconocimiento y pago de las pretensiones de la demanda hay lugar a la imposición de las costas del proceso, por lo que se confirmara la decisión.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se encuentran causadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **CONDENAR** a la parte demandada a pagar la sanción por no consignación de las cesantías correspondiente al año 2017 en una cuantía de veinticinco millones trescientos veintisiete mil ochocientos sesenta y siete pesos con 78/100 (\$25.327.867,78), por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA FUENTES GUEVARA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 028 2019 00847 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la garantía de pensión mínima a partir del 18 de febrero de 2019, junto con las mesadas de junio y diciembre y los incrementos de ley. Adicionalmente, solicitó el pago de intereses, indexación de las mesadas, costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita (archivo 3, folio 2).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 18 de febrero de 1962, que cotizó un total de 104 semanas al ISS; posteriormente, se trasladó al RAIS donde cotizó un total de 732 semanas, para un total de 1.436 semanas cotizadas. Indicó que en el año 2019 cumplió 57 años de edad y, por ende, cumple los requisitos para el reconocimiento de la pensión especial prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, indicó que el 25 de febrero de 2019 radicó ante la encartada solicitud de reconocimiento pensional.

PORVENIR dio respuesta a las pretensiones oponiéndose bajo el argumento de que dicha entidad ha estado imposibilitada legalmente para pronunciarse frente al reconocimiento de la pensión de vejez y, por ende, al beneficio de garantía mínima, por cuanto la parte actora no ha radicado la solicitud formal con los documentos que debe acompañar la misma, tampoco ha firmado la liquidación provisional que emite la OBP como aceptación de su historia laboral oficial, documento necesario sin el cual dicha oficina no procede a emitir ni pagar el Bono, como tampoco autorizar el beneficio de Garantía mínima de pensión de vejez.

Como excepciones de mérito formuló las de falta de legitimación en la causa por activa, falta de causa para pedir, petición antes de tiempo, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de Porvenir, prescripción y la innominada o genérica (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de agosto de 2022, condenó a Porvenir a reconocer y pagar a la demandante la garantía de pensión mínima de forma provisional, desde el 18 de febrero de 2019 en cuantía de 1 SMLMV por 13 mesadas al año. Condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde el 25 de junio 2019 y hasta la fecha en que se comience a realizar el pago de las mesadas pensionales a favor de la demandante y, además, condenó a la pasiva en costas.

Como fundamento de su decisión, verificó, en primer lugar, si a la demandante le asiste el reconocimiento a la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y concluyó que la demandante no cuenta con el capital suficiente para acceder a una pensión mensual superior al 110% del SMLMV toda vez que para el 06 de marzo de 2020 (ultima historia consolidada actualizada por Porvenir) contaba con capital de \$31.920.812 más el bono de \$20.992.971, para un total de \$52.913.783 ahorrado, lo cual resulta insuficiente para la financiación de la pensión de vejez.

Por ello, procedió al estudio de la prestación a la luz de lo normado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 e indicó que no es objeto de discusión que la demandante nació el 18 de febrero de 1962 y cumplió 57 años de edad en el año 2019 (folio 9 cc), cumpliendo con la edad mínima. En cuanto a las 1150 semanas, de la historia consolidada se tiene que, para el 18 de febrero de 2018, cuando cumplió la edad, la demandante tenía un total de 1445

semanas, con las que supera las exigidas en el artículo 65, por lo que se encuentra acreditado los requisitos y procede la declaratoria del derecho pensional pretendido.

Respecto del bono pensional, es oportuno tener presente lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 83 de la Ley 100 de 1993, en el que se le impone a la AFP el deber de efectuar los tramites de garantía de pensión mínima. El artículo 21 de decreto 656 de 1994 estableció que cuando no existan recursos suficientes por la falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de las garantías estatales por razones imputables a las administradoras, estas deberán reconocer a los afiliados pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos.

En el presente litigio, la demandante radicó solicitud de reconocimiento pensional el 25 de febrero de 2019 mediante derecho de petición, no obstante la entidad debió atenderlo como una solicitud de reconocimiento pensional, por lo que resulta inaceptable el argumento que no se ha materializado el bono pensional ante la falta de reclamación de la demandante ya que esta obligación no surge con la radicación de la solicitud de reconocimiento pensional, sino anteriormente conforme el artículo 20 del Decreto 656 de 1994.

RECURSO DE APELACION

La parte demandada presentó recurso de apelación el cual sustentó en que de la historia laboral consolidada y allegada por la demandada, no hay certeza del total de semanas cotizadas al RPM pues la demandante a la fecha de la contestación no había radicado una solicitud formal de reclamación de prestaciones económicas y tampoco había firmado la liquidación provisional que emitiera la OBP como aceptación de su historia laboral oficial, documento indispensable para la emisión, redención y pago del bono. Además, si bien la historia consolidada indica el valor del bono pensional, este valor puede presentar variaciones, en consecuencia, PORVENIR ha estado imposibilitada para pronunciarse sobre una eventual pensión de vejez ya que la demandante no ha presentado solicitud de reconocimiento formal, no ha juntado los documentos mínimos requeridos para el trámite pensional. Por ello, solicitó no se le de validez jurídica a la certificación de la historia consolidada y que fue la base para determinar si se cumplía con el requisito de semanas para la garantía de pensión mínima, por cuanto se requiere la firma y reconocimiento de la historia laboral por parte de la demandante para saber el tiempo exacto cotizado y poder hacer el estudio pensional.

Además, indicó que, a la demandante, de conformidad con la información del bono pensional solo se le reconocen 355,57 semanas por lo que no cumple con el número de semanas para la garantía mínima de pensión.

Por ello, la demandada no incurrió en mora porque la demandante no radicó la solicitud con los documentos mínimos para el trámite. También solicitó revocar la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de garantía mínima, de forma provisional, como lo señaló la juez de primera instancia, los intereses moratorios y las costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 3

- A folio 8, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 18 de febrero de 1962.
- A folio 9, historia laboral consolidada proferida por PORVENIR el 27 de diciembre de 2018.
- A folio 20, manifestación de imposibilidad de seguir cotizando, radicada por la demandante ante PORVENIR el 07 de febrero de 2019.
- A folio 21, solicitud de reconocimiento pensional del 25 de febrero de 2019.

Archivo 15 – ANT 1 MARTHA CECILIA

- A folio 2, Solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR.
- A folio 18, respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional.

Archivo 15 – ANT 3

- Reporte SIAFP

Archivo 15 – ANT 4 y 5

- Bono Pensional

Archivo 25

- Expediente administrativo

Caso Concreto

En el caso bajo estudio, la demandante pretende el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, pretensión que fue concedida de forma provisional por la juez de instancia al considerar que la demandante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, la encartada se opone a dicho reconocimiento por cuando afirma que la activa no ha presentado solicitud formal del reconocimiento pensional, no ha allegado los documentos necesarios, ni ha suscrito aquellos que se requieren para la redención del bono pensional.

Al respecto, precisa la Sala que el reconocimiento pensional en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad se hace con base en el capital acumulado que el afiliado tenga en la cuenta de ahorro individual, el cual, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 100 de 1993 se financia 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»*.

Así que, la cuenta de ahorro individual está conformada por los aportes obligatorios, voluntarios y sus rendimientos y, como lo indica el precepto, el bono pensional, si a este hubiere lugar. Entonces, estos factores constituyen los recursos destinados para la cobertura de la pensión y de allí la necesidad de establecer de manera certera la suficiencia de los mismos para acceder a la prestación.

Ahora bien, frente los aportes pensionales y el Bono pensional, se tiene que los primeros hacen referencia a las cotizaciones que en favor del trabajador se realizan mes a mes y sobre los cuales las administradoras tienen, dentro de su gestión, el deber de invertirlos según los límites que ha señalado la normatividad, con el fin de que generen una rentabilidad. En tratándose de aportes voluntarios, solo harán parte del capital que financia la pensión, si así lo quiere el afiliado.

En lo tocante al bono pensional, regulado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, representa el valor de los tiempos de servicio o cotización de un trabajador que se traslada de régimen, se genera por el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con

solidaridad y se denomina bono tipo A, el cual para su consolidación depende de la información de la historia laboral, para que una vez afianzada y confirmada por los empleadores permita la emisión del bono, a efectos de que el mismo en la fecha correspondiente, sea redimido y pagado.

A su turno, la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en sentencia SL 2985 de 2019 expuso el trámite para la liquidación, emisión y expedición del bono pensional, el cual supone el agotamiento de las siguientes etapas:

(i) Conformación de la historia laboral del afiliado: se realiza una vez el futuro pensionado presenta la solicitud de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, que se conforma con la información que éste suministra a su AFP y la que aquella solicita a las entidades diferentes al ISS, a las cuales el trabajador realizó cotizaciones.

La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y aquella respecto de las cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS.

Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales.

(ii) Solicitud y realización de la liquidación provisional: conformada la historia laboral, la AFP en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

El emisor, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 100 de 1993, es la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a 5 años; en caso de que sea inferior, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual se haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios

(iii) Aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional: con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9 del artículo 52

del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.

Una vez realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado para que la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

(iv) Emisión: producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

(v) Expedición y redención: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 si es mujer, o cuando completa 1000 semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

(vi) Pago del bono pensional: por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

De igual forma, la Sala Laboral de la Corte ha señalado que no desconoce que la emisión del bono se puede tornar en un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar la pensión, empero, la solución a esta situación «no es ordenar automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución.» (CSJ SL4305-2018).

En fin, si un afiliado logra satisfacer el requisito de capital necesario, conforme a la normativa vigente, tendrá el derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos y condiciones de la modalidad pensional que seleccione. Ahora bien, en el evento de que no exista el capital necesario lo procedente en primera medida es determinar si el afiliado puede optar por la garantía de pensión mínima y de no contar con los requerimientos para ello, la prestación sustitutiva de la pensión es la devolución de saldos vista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, cobra importancia señalar que la ley ha radicado en cabeza de las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad unas obligaciones especiales con el fin de garantizar la adecuada administración de los recursos que los afiliados aportan a éstas para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Dentro de esas obligaciones especiales, se tienen las establecidas en los artículos 17, 18 y 20 del Decreto 656 de 1994, consistentes en: (i) Obtener y mantener actualizada toda la información previsional de los afiliados, de tal forma que estén en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumple los requisitos para acceder a una pensión por vejez (ii) Avisar a sus afiliados, con una antelación no inferior a 3 meses, el momento en el cual se cumplirán los requisitos para acceder a la garantía estatal de pensión mínima, mencionando las modalidades de pensión establecidas por la ley, junto con una descripción suficiente de cada una de ellas y (iii) adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Así mismo, el precepto jurídico enunciado prevé en su artículo 20, que las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas por la entidad previsional correspondiente, y en el inciso segundo dispone:

*“Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. **Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance.** En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.” (negrilla fuera de texto)*

De su parte, el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, precisa:

Artículo 21°.- *Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.*

Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

Parágrafo. - *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.*

Luego entonces, evidencia la sala que en el presente caso se tiene de una parte la garantía de pensión mínima que solicitó la activa en su escrito de demanda, la cual procede subsidiariamente cuando el afiliado no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Esta Garantía De Pensión Mínima está regulada en el artículo 65 de la mencionada ley y procede cuando “Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho

a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.”

De otra parte, se advierte que la juez de instancia hizo referencia en las consideraciones a la pensión provisional regulada en el Decreto 656 de 1994, que se reconoce en los casos en que las administradoras de fondos de *“incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión”* con cargo a la cuenta del afiliado, o *“cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras”*, con cargo a los recursos de dicha administradora.

Expuesto lo anterior y teniendo claras esas obligaciones especiales y que se trata de dos prestaciones pensionales de origen legal diferente, la Sala encuentra demostrado que la demandante nació el 18 de febrero de 1962 (folio 8, archivo 3), por lo que cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2019. De igual forma, se advierte que, elevó solicitud de reconocimiento pensional el 25 de febrero de 2019, a través de apoderado; que, durante su vida laboral, conforme a la historia laboral consolidada, acumuló un total de 1.445 semanas marzo de 2020 (carpeta 15), por lo que en principio podría entenderse que acredita el mínimo de semanas cotizadas (1150) para acceder a la garantía estatal de pensión mínima como también la edad, en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

En este último punto, se advierte que si bien en la historia laboral del bono pensional visible en el archivo 3 de la carpeta 15 se indica un total de 355,57 semanas, lo cierto es que ello representa las semanas laboradas hasta el 31 de marzo de 1994, sin embargo, no se puede desconocer las semanas totales que se reportan en el resumen de semanas expedido por COLPENSIONES, que de conformidad con la historia consolidada incluye tiempos incluso posteriores a 1994, para un total de 704 semanas en el Régimen de Prima Media, contando tanto señaladas en la historia del bono pensional (hasta 31 de marzo de 1994) como las posteriores a dicha fecha, por lo que no es acogido el argumento de la apelante respecto al número de semanas.

No obstante lo anterior, frente a la garantía de pensión mínima, como se explicó previamente, la misma procede en subsidio de la pensión de vejez, respecto a esta última pensión, si bien la juez de instancia indicó que la activa no acreditaba los requisitos para ella por no tener el capital necesario, por lo que procedía el estudio de los requisitos de la garantía de pensión

mínima, encontrándolos acreditados, lo cierto es que la cuenta de ahorro individual está conformada por los aportes obligatorios, voluntarios y sus rendimientos y, como lo indica el precepto, el bono pensional, si a este hubiere lugar.

Los anteriores conceptos constituyen los recursos destinados para la cobertura de la pensión y de allí la necesidad de establecer de manera certera la suficiencia de los mismos para acceder a la prestación. Por lo que hasta no estar liquidado y pagado el bono no se puede tener certeza del capital final de la cuenta de ahorro de la demandante y, por ende, no se puede establecer si tiene derecho a la pensión de vejez o si en subsidio, hay lugar al estudio de la garantía de pensión mínima.

Ahora bien, se advierte que en el caso de autos indica la pasiva que no ha sido posible la conformación final del capital de la cuenta, por cuanto no ha sido posible redimir el bono porque la demandante no ha firmado la liquidación provisional que emitiera la OBP como aceptación de su historia laboral oficial ni ha allegado al documental necesaria.

Frente a lo anterior, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 451 de 2013 señaló lo siguiente: *“[...] es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes corresponde ejercer todas aquellas acciones encaminadas a completar el capital de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, [...] la responsabilidad por la conformación del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante y por el pago de la prestación reclamada, indudablemente es de la sociedad demandada”.*

Acorde con lo anterior, resulta claro que las administradoras tienen la obligación de adelantar los tramites adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad, sin embargo, dicha obligación se sujeta a que los afiliados suministren la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance.

Así las cosas, se evidencia de la respuesta a la solicitud de pensión elevada el 25 de febrero de 2022 por intermedio del apoderado que presentó la demanda en este proceso, que la AFP PORVENIR le indicó que se debían realizar los trámites correspondientes al bono pensional pues ello constituye un rubro importante para la conformación del capital necesario para financiar la pensión, por lo que se le indicó la necesidad de solicitar una cita con un consultor para iniciar el trámite. A pesar de lo anterior, no se

evidencia de forma siquiera sumaria que el apoderado de la activa haya realizado trámite alguno en aras de realizar los trámites administrativos tendientes a suministrar los documentos necesarios para dar trámite del bono pensional.

De lo expuesto se concluye que si bien la encartada tenía la obligación de adelantar el proceso y solicitud del bono pensional, no es menos cierto que la demandante también tenía la obligación de brindar la información necesaria para dar trámite a dicho bono, como lo es la *“Aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional: con esta información”*, para consolidar y culminar los trámites relacionados con el bono pensional.

En ese orden de ideas, no se encuentra acreditado en el proceso que la demandante haya cumplido con los trámites necesarios para determinar la clase de pensión a que tiene derecho, de vejez o de garantía de pensión mínima, dado que no se prueba que hubiese primero allegado los documentos que requiere el fondo para el trámite de liquidación y pago del bono, segundo, que hubiere aceptado alguna liquidación provisional del mismo, sin que pueda la jurisdicción dar por cumplido dicho requisito con la demanda, máxime cuando de la historia laboral del bono pensional se verifica que registra inconsistencias que deben ser analizadas inicialmente por la demandante por corresponder a su esfera privada al estar relacionada con los tiempos en que laboró o no con determinado empleador.

Tampoco se acredita que se pueda ordenar una pensión provisional en los términos del Decreto 656 de 1994 puesto que la demandada sí se pronunció respecto de la solicitud de pensión indicando que debía adelantarse el trámite del bono pensional, como tampoco se puede imputar a la administradora la falta de recursos para definir la solicitud de pensión de la demandante, puesto que se reitera no se advierte que la activa ni su apoderado hayan allegado los documentos necesarios para los trámites pendientes ante la AFP demandada.

Dado el anterior análisis, lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar absolver a PORVENIR, en la medida que no se acredita la consolidación del capital para determinar la exigibilidad de la prestación solicitada en la demanda como tampoco se prueba los requisitos para el reconocimiento de una pensión provisional regulada por el Decreto 656 de 1994, y la sala se releva de estudiar los argumentos respecto de los intereses moratorios y las costas.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

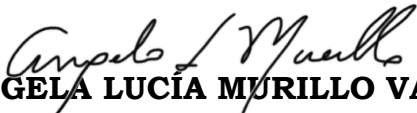
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y, en consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas por la señora MARTHA CECILIA FUENTES GUEVARA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado