

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROCÍO ELENA PARRA BÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por la demandante, Porvenir S.A. y Colpensione contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Rocío Elena Parra Baez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Porvenir S.A. y

Protección S.A., para que se declare nulo el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta individual junto con los rendimientos indexados, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 25 de mayo de 1996; se vinculó al sistema general de pensiones por medio del otrora ISS al que cotizó 169,20 semanas antes de cambiarse a Porvenir S.A.; se afilió al fondo privado cuando los asesores de este acudieron a su lugar de trabajo sin que mediara información idónea sobre las desventajas del régimen privado y las ventajas del sistema público, además se omitió la explicación de la manera en la que se liquidan las mesadas pensionales en cada uno de los regímenes pensionales, ante la omisión de información y la exposición de engaños se trasladó a la AFP.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación (fls. 43 a 54) se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora y la afiliación al RPMPD, sobre los demás dijo no contarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad sobre los actos administrativos, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica

Porvenir S.A. contestó la demanda (fls. 59 a 67), en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante, la afiliación a Porvenir S.A. el 28 de septiembre de 2001 y a los demás dijo que no le constan y no son ciertos. Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda todos los Litisconsortes necesarios y perentorias las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En audiencia del 30 de julio de 2019, se declaró probada la excepción previa y se ordenó la vinculación de la AFP Protección S.A., fondo de pensiones que allegó contestación (fls. 146 a 154) en la que presentó oposición a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la activa e indicó que estuvo afiliada a esa AFP. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 209) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los bonos, rendimientos financieros y gastos de administración y a ésta a aceptar el traslado y las sumas devueltas. Declarar no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora solicita se proceda a la condena en costas de conformidad al artículo 365 del CGP.

Colpensiones considera que a la parte demandante le asiste el deber de probar lo alegado en la demanda máxime cuando exteriorizó la voluntad de afiliarse al RAIS y la ratificó permaneciendo por más de 20 años afiliada a ese régimen pensional, y que, en todo caso, recibir como afiliada a la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Porvenir S.A. la recurre, al sostener que lo que se debió establecer fue si existió un vicio de consentimiento al momento de la afiliación; afirma que el deber de información se cumplió por parte de esa entidad en el año 2001 luego de un traslado horizontal lo cual es un acto de relacionamiento que ratifica la voluntad de pertenecer al RAIS; el formulario de afiliación es la prueba del cumplimiento del deber de información; no existía un derecho consolidado por la activa a la fecha de cambio de régimen, por lo que no había obligación alguna de entregar proyecciones actuariales. De conformidad a la gestión de la AFP se causaron rendimientos por lo que es claro que Porvenir S.A. cumplió con el deber de cuidado por lo que no procede la devolución de los gastos de administración, ya que ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa, en atención a que no financian la pensión.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante solicitó se confirme la decisión atacada.

Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.

A su vez, Colpensiones manifestó que el actor no sólo se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la ley 797 de 2003, sino que además no demostró que el fondo de pensiones por medio del cual se cambió de régimen la engañara.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante, Porvenir S.A. y

Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a esta última.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “la demandada le omitió información ocultándole en detalle las ventajas del sistema de liquidación de su mesada pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “ las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del de abril 2019, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez o conocimientos especializados o permanencia en el RAIS, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios

allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 11 de agosto de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante absolvió interrogatorio en el cual señaló ser contadora pública, que un asesor acudió a la empresa a la que trabajaba le suministraron un formulario en blanco y procedió a firmarlo, le dijeron que luego de firmarlo les brindaban una información pero eso no acaeció luego de la rúbrica, los fondos volvían y les daban unos obsequios y le dijeron que Porvenir S.A. era mejor, pero no recuerda en qué era mejor; dos años atrás averiguó en Porvenir S.A. el valor de la mesada pensional y allí le dijeron que sólo alcanzaría el derecho pensional en el 2026 con una mesada más o menos de \$800.000; no le explicaron las ventajas y desventajas de los regímenes, tampoco de dónde saldrían los dineros para pensionarse, ni que las sumas en su cuenta de ahorro individual era heredable; nada se expresó del derecho de retracto; no ha recibido extractos.

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección S.A., al tiempo de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, por el contrario, la única prueba de ello es el formulario de afiliación, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de

dicho traslado, obligación que se debió efectuar en agosto de 1994. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 161 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátase que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa.

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, que, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad

es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

No puede considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en cuanto al reparo de la parte demandante, considera la Sala viable su revocatoria en cuando no se impuso costas en primera instancia, puesto que las demandadas se opusieron a todas las pretensiones de la demanda y resultó vencida en juicio, conllevando a la respectiva condena, al ser la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que las demandadas asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará el ordinal quinto de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar

en costas de la primera instancia a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., como a las demandadas recurrentes en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar el ordinal quinto de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar en costas de la primera instancia a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

Tercero.- Costas de la instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GATTAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROSA TRINIDAD LÓPEZ BLANCO CONTRA PARRA ARANGO Y CIA S.A. Y CITROARDILA S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Rosa Trinidad López Blanco, en calidad de cónyuge, por medio de apoderada judicial, demandó a Citroardila S.A.S. y Parra Arango y CIA S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido del

11 de noviembre de 2011 al 2 de marzo de 2017 entre Luis Jesús Triana Albarracín y Citroardila S.A.S., en consecuencia, se condene a solidariamente a las demandadas al pago del auxilio de cesantías junto con sus intereses, primas de servicios, vacaciones, la indemnización por no consignación de cesantías, los intereses a las cesantías doblados, la sanción moratoria del art. 65 del CST, lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 57 a 60 del expediente, en los que en síntesis indicó que: contrajo nupcias con Luis Jesús Triana Albarracín el 17 de marzo de 1990, unión que se registró en la Notaría 22 del círculo de Bogotá, permaneciendo vigente hasta el 2 de marzo de 2017 cuando Triana Albarracín falleció. Afirma que el causante laboró para Citroardila S.A.S. a partir del 11 de noviembre de 2011, cuando el representante legal de dicha empresa lo contrató de manera verbal para desempeñarse en el área de mecánica automotriz y latonería en la calle 134D # 53-43 de ciudad de Bogotá en un establecimiento de comercio de Parra Arango y CIA S.A., esta última sociedad se dedica al comercio de automotores nuevos y al mantenimiento y reparación de vehículos, actividad que también desarrolla Citroardila S.A.S. como contratista de la empresa Parra Arango y CIA S.A., compañía que se benefició del trabajo del fallecido Luis Jesús; en vigencia del contrato de trabajo el occiso no fue afiliado a seguridad social en salud por ninguna de las sociedades en comento, sino por la empresa Asesorías y Consultorías Juan B S.A.S. como aprendiz del Sena en etapa electiva, vinculación que figura del 13 de diciembre de 2011 al 1º de enero de 2017, sin que dicha vinculación se ajuste a la realidad, coincidiendo esas fechas con las de la incorporación a Citroardila S.A.S.; el de cujus desempeñó su labor de lunes a sábado de 8:00 a.m a 5:00 p.m. de manera ininterrumpida con un último salario de \$1.200.000, el cual percibía en efectivo de manera quincenal, sin que se expidiera comprobante de pago alguno; el extrabajador falleció a causa de un paro cardiopulmonar; con ocasión al deceso, la activa acudió a Parra Arango Y CIA S.A. a reclamar las acreencias laborales adeudadas, sin embargo, la empresa le informó que Triana Albarracín era empleado de la contratista Citroardila S.A.S.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el Citroardila S.A.S. en forma legal y oportuna (fls. 96 a 103), se opuso a la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó la existencia de la relación laboral por cuanto la sociedad se constituyó desde 15 de septiembre de 2013, aceptó la existencia de contratos de prestación de servicios con la empresa Parra Arango y CIA S.A., contratante que autorizó el uso de un espacio de sus instalaciones para la reparación y mantenimiento de latonería, indicó que le objeto social es el mantenimiento y reparación de vehículos con el código mecánica de colisión, sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación y cobro de lo no debido.

A su vez Parra Arango y CIA S.A. dentro del término legal dio contestación a la demanda (fls. 106 a 118), oponiéndose a las pretensiones, aceptó que el establecimiento de comercio ubicado en la calle 134D # 53-43 es una bodega de su propiedad cuyo uso se autorizó a Citroardila S.A.S. para ejecutar trabajos únicamente de latonería de conformidad con el contrato suscrito entre las empresas, debido a que su objeto social es el comercio de automotores nuevos y el mantenimiento y reparación de vehículos, expresó para los demás no ser ciertos y no constarle. Como excepciones perentorias propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de derechos y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 134), en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, porque considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda en tanto se probó la prestación de los servicios del señor Triana Albarracín, por lo que las demandadas son solidarias de las condenas, aunado a que la juez incumplió con la carga que le impone el artículo 54 del CPT y SS absteniéndose de esa manera a decretar el testimonio del señor Nelson Martínez cuya declaración era necesaria, teniendo en cuenta la declaración extra juicio que se aportó y que no fue valorada como prueba, lo que denota la falta de valoración integral de la prueba, máxime cuando aquel fue un compañero de trabajo y podía dar mayor claridad al asunto debatido.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe

estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así tenemos que a folios 4 a 7 figura reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones en el que se observan cotizaciones hasta el 30 de mayo de 1983; declaración extrajuicio del 24 de mayo de 2017 rendida por Nelson Alejandro Martínez Álvarez en la que expuso "soy testigo que conocí a Luis Jesús Triana Albarracín (...) quien laboró dentro de las instalaciones de Parra y Arango ubicada en la 134D #55-43 para el contratista Citroardila S.A.S. (...) para quien el señor en mención laboró por el período de 6 años, de igual manera el cumplía un horario laboral de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 9:00 a.m. a 12:30 p.m. dentro de las instalaciones, doy fe de que cumplía horario y era subordinado por el contratista Eliecer Ardila" (fl. 8); misiva del 9 de mayo de 2017 suscrita por el departamento de Gestión Humana de Parra Arango y CIA S.A. en la que se anota: "Con relación a su carta de fecha abril 12 de 2017, nos permitimos informarle que revisamos nuestros archivos lo cual nos confirma que el señor Luis Jesús Triana, nunca fue empleado de Parra Arango Y CIA S.A. No obstante, hemos indagado y encontramos que el mencionado señor era contratista de varios talleres de mecánica y que prestó servicios a la empresa CITROARDILA SAS, quien es nuestra contratista" (fl.10); registros civiles de nacimiento y defunción del causante (fls. 12 y 13); registro civil de matrimonio (fl. 14); certificación expedida por la EPS Salud

Total en la que consta que estuvo afiliado como dependiente de la empresa Asesorías y Consultorías Juan B SAS como aprendiz en etapa electiva (fls. 15 y 16); copia de las cédulas de ciudadanía del difunto y su cónyuge (fls. 17 y 18); contrato de prestación de servicios entre las demandadas (fls. 119 a 124); certificación expedida por Benigno Antonio López Cuervo quien dijo “como propietario del taller Benigno López, certifico que conocí de trato y vista al señor Luis Jesús Triana Albarracín desde el año 2014, que me consta que era latonero y que tal oficio lo desarrollaba en múltiples talleres y bodegas de la zona Spring” (fl. 127) y certificación expedida por José Nicolás Quijano Pacheco en la que se lee “conocí al señor Luis Jesús Triana Albarracín desde el año 2013 en razón a la actividad que él desarrolla como latonero independiente en los diferentes talleres de latonería en el sector Spring de la ciudad de Bogotá. Que entre los talleres en los cuales realizaba actividades se encuentra el de mi propiedad y sus servicios eran de acuerdo con la cantidad de vehículos que llegaran” (fl. 129).

*Se recibió el interrogatorio al señor **Eliécer Ardila** quien como representante legal de Citroardila S.A.S., adujo haber prestado servicios para Parra Arango y CIA S.A.; luego en el 2013 Citroardila S.A.S. contrató con Parra Arango y CIA S.A. para la reparación de los automotores en colisión de esta última sociedad en jornada de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., labor que realiza él directamente, siendo muy rara la ocasión en contratar a alguien más para ejercer tal función, esa contratación no la hace por medio de empresas de servicios temporales, tampoco tiene vínculo alguno con Asesorías y Consultorías Juan B SAS; recibe las cotizaciones para las reparaciones de Parra Arango y CIA S.A., una vez autorizado el servicio se le suministran los repuestos; si está vinculado laboralmente con Citroardila S.A.S. además de ser el representante legal es el técnico; cuando excepcionalmente contrata a una persona el pago es en efectivo; sí conoció a Triana Albarracín quien le colaboró desarmando algunos vehículos en algunas ocasiones en las que se encontraba alcanzado; normalmente recibe 3 o 4 carros a la semana. A su vez **la representante legal** de Parra Arango y CIA S.A., manifestó que el señor Eliécer Ardila prestó servicios de latonero para la sociedad que ella representa, empresa que se dedica a la venta de vehículos y reparación de los mismos; a partir de 2013 Citroardila S.A.S. presta los servicios y por ello se aportaron los contratos de 2013 y 2017; el señor Ardila es completamente independiente de su labor, actualmente Parra Arango y CIA S.A. opera de 10:00 a.m. a 7:00 p.m.; Citroardila S.A.S. presta servicios de latonería, es decir, Eliécer, por eso a él se le requiere el pago de seguridad social;*

en el año 2017 no habían protocolos de ingreso y salida, no conoció a Luis Jesús. Eliécer Ardila está autorizado para ingresar gente si lo necesita.

Se escuchó igualmente a la demandante, quien aseguró que su cónyuge no prestaba servicios de latonero, ella iba a esperarlo afuera de la empresa para almorzar; Eliécer enviaba al cuasante a la droguería en la que trabajaba su esposa para que le pagaran; cree que había más talleres por la zona.

*Por su parte los señores **José Nicolás Quijano Pacheco**, no trabaja para Citroardila S.A.S., conoce a Eliécer Ardila hace unos 25 años, debido a que tiene un taller; Luis Jesús sacaba los golpes a los carros en el taller del testigo una o dos veces a la semana; no ha trabajado con Eliécer Ardila ni con Parra Arango y CIA S.A., taller que está a unas dos cuadras de distancia del suyo; conoció a Triana Albarracín porque trabajaba en varios talleres; el occiso iba en cualquier momento porque estaba en toda la zona, ya que estaba en cuatro talleres, lo cual sabe porque cuando salía a la tienda de pintura lo veía en otros talleres;; sabe que prestaba servicios en otros talleres como el de don Benigno, en uno de la 138 al lado de la bomba y otros dos de la 136; el concesionario de Parra Arango y CIA S.A. es a puerta abierta. **Benigno Antonio López Cuervo**, conoce a Eliécer Ardila que trabajaba al lado de Citroën; conoció al occiso debido a que se lo presentó Mecías Moreno para que le prestara servicios lo cual hizo hasta tres días antes de la muerte; le trabajaba 2 o 3 horas, algunos días media jornada, luego de que realizaba la labor se iba para otro taller; prestaba servicios a otros cuatro talleres, cerca del taller del testigo cerca de la bomba; el causante le quedó debiendo dinero; nunca fue al taller de Eliécer Ardila; de palabra acordaban el arreglo, tan pronto acababa el trabajo le pagaba.*

Reciente el extremo demandante que la juez de primer grado no decretará pruebas de oficio de conformidad con el artículo 54 del CPT y SS, al punto basta con indicar que la declaración extrajuicio rendida por Nelson Alejandro Martínez Álvarez, fue allegada por la demandante, así que si la parte actora quería dar mayor fuerza probatoria contó con la posibilidad de solicitar el testimonio con la demanda o incluirlo por medio de la reforma, sin que aquello ocurriera. Amén de que el juez desconoce lo que ocurre en la cotidianidad de quienes se enfrentan en un proceso por lo que se le tiene que llevar la prueba

por la parte interesada, carga procesal de las partes, para fundamentar su decisión o tener certeza de los hechos debatidos (art. 164 del CGP).

Ahora en cuanto a la valoración de la referida declaración extraproceso, si bien ellas se anotan algunas circunstancias indicativas de una eventual relación laboral, quien la efectúa, no indica las causas por las cuáles conoce de esos hechos, sin que sea posible aducir que sea un compañero de trabajo como se indicó en el recurso de alzada.

Así, de la prueba testimonial es claro para la Sala que el causante ejercía su labor de manera autónoma e independiente, en diferentes talleres de la localidad y por el tiempo necesario para realizar los arreglos contratados, sin que se pueda invocar una subordinación jurídica en los términos del artículo 23 del CST como “la facultad a éste- empleador- para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Lo cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato” Acotando que ésta es una práctica que se estila en este sector no sólo en el caso de los latoneros si no en las demás especialidades como la electricidad automotriz, la pintura, etc. Lo que para la Sala no resulta demostrativo de la existencia de vínculo laboral.

Finalmente es prudente dejar sentado que en todo contrato, el contratista debe seguir unas instrucciones u órdenes en el cumplimiento de la labor contratada, sin que la misma quede al arbitrio de éste por ser un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones entre las partes, por lo tanto de carácter bilateral y conmutativo (arts. 1495, 1496 y 1498 del CC). De ahí, que la sociedad demandada, como los demás dueños de talleres o sociedades a quienes les prestó la labor de latonero, podían y debían exigir ciertos condicionamientos.

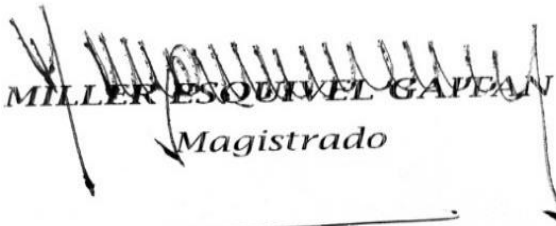
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL*

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIGUEL CABRERA RAMOS CONTRA EL
FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.*

*En Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintiuno
(2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados
por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el
Magistrado Sustanciador la declaró abierta junto con los demás Magistrados
que integran la Sala Tercera de Decisión.*

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte
demandante contra la sentencia del 18 de marzo de 2021, proferida por el
Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la
referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Miguel Cabrera Ramos por medio de apoderado judicial, demandó al Fondo
de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que previos los*

trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que la entidad está obligada al pago de la pensión por el tiempo laborado en Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En consecuencia, se condene al pago de los reajustes contenidos en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, junto con los respectivos reajustes; las diferencias pensionales causadas como consecuencia del reajuste pensional, incluso de las mesadas adicionales de junio y diciembre debidamente indexadas, junto con los reajustes anuales desde la fecha causación del derecho y hasta la inclusión en nómina de pensionados; lo probado ultra y extra petita y por las costas y gastos del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del expediente digitalizado, en los que en síntesis expresan que: el fondo demandado, asumió la carga prestacional de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de conformidad con el Decreto 1591 de 1981; ostentó la calidad de trabajador oficial durante su vinculación la citada entidad entre el 7 de septiembre de 1970 al 22 de junio de 1971; con ocasión a una pérdida de su capacidad laboral que le impedía desarrollar sus labores se le retiró del servicio y la empresa ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez efectiva a partir del 1º de agosto de 1971 la cual fue concedida a través de la resolución No1638 del 22 de noviembre de 1971, en cuantía inicial de \$1.219,51; que no se le reconocieron los reajustes de previstos en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año, por lo que elevó reclamación, la cual fue negada debido a que Fondo no tuvo en cuenta las disposiciones legales y jurisprudenciales para resolver la reclamación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en forma legal y oportuna en escrito a folios 45 a 49 del expediente digitalizado, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con las razones de la negativa del reajuste reclamado. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó:

prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de todas y cada una de las súplicas de las demanda incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante la recurrió en apelación, insistiendo en que se ordene el reconocimiento y pago de los reajuste de pensión deprecados, debido a que el Fondo demandado no aplicó los mismos en esa oportunidad conforme a lo ordenado en la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario, a pasar de que su pensión es del orden nacional otorgada por la entidad a la cual laboraba Ferrocarriles Nacionales de Colombia y si bien esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, esa sentencia tiene efectos a futuro, por lo que durante el tiempo que estuvo vigente constituyen derechos adquiridos, así no se hubiesen reclamado en esa oportunidad, por lo que son procedentes en ésta.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado la enjuiciada solicitó se conforme la decisión objeto de alzada.

A su vez, el extremo demandante presentó alegatos aduciendo que resulta discriminatorio que respecto de los pensionados por jubilación e invalidez el

reajuste deprecado en el petitum, máxime cuando se ajusta a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

CONSIDERACIONES

STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es objeto de debate que el demandante ostenta la calidad de pensionado por parte de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien mediante resolución No. 3002 del 20 de noviembre de 1984 reconoció pensión de invalidez a través de la resolución No. 638 del 22 de noviembre de 1971, en cuantía inicial de \$1.219,51 (fl. 30 del expediente digitalizado). Lo que además fue aceptado por la entidad demandada.

REAJUSTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ

Insiste la parte demandante en que se ordene el reconocimiento y pago del reajuste de su mesada pensional y el pago de las diferencias causadas sobre las pagadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año que consagraron un incremento de las pensiones del sector público nacional, el cual se extendió a todos los pensionados del sector público por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. A lo cual se opuso la entidad demandada, indicando que el reajuste reclamado es aplicable a las pensiones de jubilación y no a la de invalidez de conformidad con lo establecido en la misma norma, aunado a que los reajusten que corresponden por Ley se han reconocido.

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1.992, establecía un incremento pensional en los siguientes términos:

*“ARTICULO 116: **Ajuste a pensiones del sector público nacional.** Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y **de las pensiones de jubilación** del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el ajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989”.*

“Los reajustes ordenados en este artículo, comenzarán a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirá efecto retroactivo”. (Negrillas fuera de texto)

A su vez, Decreto 2108 de 1992, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, señaló:

“ARTÍCULO 1°. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995 así (...).”

Así, es claro para la Sala que el reajuste de que tratan las normas en comento, no es aplicable a todas las pensiones, sino que se dirigen a las pensiones de jubilación pertenecientes al sector público del orden nacional que, además, se financien con recursos del presupuesto nacional, y en el caso particular es de precisar que el demandante no percibe una pensión de jubilación, sino que le fue reconocida una por invalidez, como se indicó en precedencia. Prestación que además fue reconocida por la extinta empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y no es del orden nacional.

En este sentido, resulta pertinente traer a colación criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-716 del 4 de marzo de 2020 Rad. 75280:

“Pues bien, el punto en controversia ya ha sido definido por la Sala en repetidas decisiones, como las siguientes: CSJ SL1081-2014, CSJ SL3140-2014, CSJ SL9221-2017, CSJ SL4573-2017, CSJ SL3694-2017, reiterando lo dicho en las sentencias CSJ SL1976-2017, CSJ SL1974-2017, y en la CSJ SL15781-2016, en la que se indicó:

El Decreto 1586 de 1989, emanado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ordenó en su artículo 1° la liquidación de la empresa industrial y comercial del estado, Ferrocarriles Nacionales de Colombia; a su vez, el artículo 18 ibidem, ordenó que en el presupuesto General de la Nación se apropiarían los recursos para su liquidación.

Posteriormente, el artículo 7 de la Ley 21 de 1988, dejó a cargo de la Nación el pago de las pensiones de jubilación que estuvieran a cargo de la extinta sociedad, ordenando, para tal efecto, la creación de un Fondo.

Consecuencialmente, el Decreto 1591 de 1989 creó el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como un establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio

independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Entre sus objetivos estaba pagar las pensiones de los pensionados de los Ferrocarriles Nacionales.

De otro lado, el Decreto 111 de 1996 que se ocupó de compilar el estatuto orgánico del presupuesto nacional, en su artículo 3° definió el presupuesto general de la nación, situándolo en dos niveles. El primero, que es el que interesa, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional, uno de los cuales es el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y por el presupuesto nacional, entendiéndose por este último, el comprendido por las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, exceptuando las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Vistas así las cosas, no es lo mismo decir que las pensiones de jubilación pagadas por el fondo tantas veces mencionado, se cubran con dineros del presupuesto general de la Nación que con dineros del presupuesto nacional. El primero, es un instrumento financiero macro, esencial en la política fiscal de Estado; y el segundo, es una parte de aquel, que se aprueba por el Congreso de la República y que corresponde a lo definido por el artículo 3 del Decreto 111 de 1996 ya mencionado.

Además, aunque es cierto que la Sala, en la sentencia con radicado 32303 de mayo de 2008, se pronunció en un caso similar, concediendo los reajustes pensionales de que trata el artículo 1 de la Ley 445 de 1998 para personas jubiladas por el Fondo que hoy funge como recurrente, ese criterio fue recogido por medio de la sentencia SL1081 de febrero 5 de 2014, radicado 40333, ratificada posteriormente por la sentencia SL1361 de febrero 11 de 2015, radicado 66402. Así las cosas, como los fundamentos fácticos y jurídicos del presente proceso se acomodan a las directrices doctrinales referidas, sin que haya motivo para variar la posición de la Sala, resulta imperioso señalar que en ningún equívoco pudo incurrir el Tribunal, lo que obliga a declarar infundado el cargo."

Así mismo, en la sentencia, CSJ SL, 11 Dic 2003, Rad. 22107, reiterada en sentencias 22360 de 2004; 24303 de 2005; 26762 de 2006; 27616 de 2007; 35895 de 2009; 36640 de 2011; 37693 de 2012; 41873 2013; y 47697 (2014), en máximo tribunal de justicia ordinaria laboral, precisó:

"El tema relativo a la aplicabilidad de los artículos 116 de la ley 6ª de 1992 y 2º del decreto 2108 del mismo año a los servidores del orden distrital, ya ha sido definido por esta Corporación en el sentido de descartar su extensión a los pensionados de dicho ámbito.

Basta, entonces, remitirse a lo precisado en sentencia del 13 de mayo de 2003, reiterada el pasado 12 de noviembre, al analizar un caso bajo los mismos supuestos de hechos:

"El Tribunal consideró que los reajustes pensionales pretendidos con sustento en el Decreto 2108 de 1992 no son procedentes en la medida en que tal normatividad "sólo es aplicable a las pensiones de los servidores del sector público nacional."

mientras que para la acusación, esa preceptiva también se extiende a otros órdenes territoriales por razón de algunos principios constitucionales, en especial el de igualdad y el referido al obligado incremento pensional y toda vez que considera que aquel alcance dado a la norma va en contravía de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, que se apartan de la expresión "orden nacional" contenida en aquel Decreto.

"Pues bien, las razones a que alude la impugnación no son suficientes para concluir que la normatividad acusada fue erróneamente interpretada, puesto que es claro su tenor al disponer:

"Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así (...). (Decreto 2108 DE 1992).

"En igual sentido el art. 116 de la Ley 6ª de 1992 previó:

"Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el ajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1º de enero de 1989.

"Los reajuste ordenados en este artículo, comenzarán a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo." (Subrayas fuera del texto original).

"Vistas las normas censuradas, y en especial las expresiones resaltadas en las anteriores transcripciones, es menester anotar que existe total claridad respecto a las pensiones susceptibles de los reajustes allí previstos, esto es, las del orden nacional, sin que puedan, en consecuencia, hacerse extensivos tales incrementos a otros niveles territoriales puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador; y siendo claro el tenor de ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerle producir efectos en ámbitos diferentes."

Es ostensible que no le asiste derecho al actor respecto del reajuste reclamado, ya que no cumple con los requisitos para que aquel aplique, esto es, que la prestación sea una pensión de jubilación y que aquella sea del sector público del orden nacional, por lo que es acertada la decisión de primera instancia, imponiéndose confirmar la sentencia apelada.

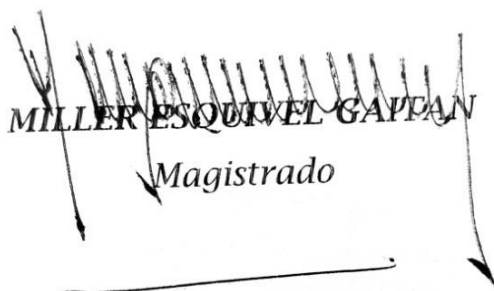
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

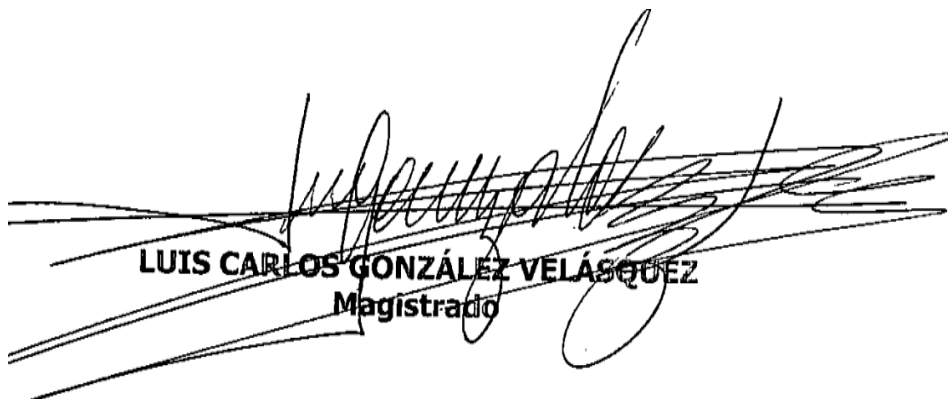
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo del recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese en legal forma a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAURICIO PARDO ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Alida el Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 37.627.008 y Tarjeta Profesional. No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 204 vuelto).

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecisiete

Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

Mauricio Pardo Rojas, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., el 1° de abril de 1999, dada la omisión de ésta en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD con Colpensiones debiendo mantenerse su inscripción en esta. En consecuencia, se ordene a las demandadas realizare las gestiones administrativas encaminadas a anular el citado traslado; se condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; y a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad, recibidos los dineros trasladados, registrarlos en la historia laboral actualizándola. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 y 5 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que; nació el 28 de junio de 1954 y cuenta con más de 66 años; se afilió y realizó cotizaciones en el RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones desde el 1° de noviembre de 1975, acumulando un total de 176 semanas, estando en su actividad laboral al servicio del Ministerio de Cultura se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1° de abril de 1999 y sigue vinculado a la AFP demandada, donde a la fecha de la demandada acumulaba 928 semanas, para un total de 1.104 durante toda su vida laboral. Señala que el traslado se realizó bajo una aparente decisión libre y voluntaria, en cual no estuvo precedido de suficiente información e ilustración por parte del esa entidad que lo recibió, ya que fue indebida y nula para convencerlo de que se trasladara de régimen pensional, evidenciándose el engaño en que incurrió ese fondo; que no se le informó la posibilidad de retracto, ni de retorno al RAIS antes de que le faltaran

menos de diez años cumplir la edad mínima para pensionarse. Agrega que la AFP le informó que su mesada pensional para 2019 podía ser de \$1.186.700; y al tener en cuenta el ingreso base de liquidación en el RPMPD podía ser de \$3.033.415; que el 18 de enero de 2019 solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones la anulación de su traslado al RAIS, y autorizar su retorno al RPMPD, obteniendo respuestas negativas de éstas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl. 81 a 91 del digitalizado); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento del promotor su afiliación al RPMPD, el traslado al RAIS y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su turno, la **AFP Porvenir S.A.**, en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente digitalizado a folios 110 a 123, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos solo aceptó el relacionado con la reclamación de nulidad de traslado y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan, indicando que la solicitud de afiliación la elevó el 1° de agosto de 1996. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.*

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (grabación de audiencia anexa al

expediente digitalizado, en la que declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas; que el traslado del Sr. Mauricio Pardo Rojas al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. es ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, y esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del señor Pardo Rojas, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin realizar descuentos, ni siquiera a título de gastos de administración, los que deberán ser asumidos por esa entidad; a Colpensiones, recibir ese traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar. Así mismo condenó a las demandadas por las costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interpusieron recursos de apelación: La AFP Porvenir S.A. manifiesta que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado ya que en la oportunidad se le brindó al demandante la información que en esa oportunidad correspondía; no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación la cual se cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante. Así mismo indica que de mantenerse la declaratoria de nulidad, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y seguro previsional debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para

que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

Por su parte Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que l demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante solicitó se confirme la decisión atacada.

Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.

A su vez, Colpensiones manifestó que el actor no sólo se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la ley 797 de 2003, sino que además no es beneficiario del régimen de transición, así mismo, asegura que obro de buena fe y por tanto, no procede la condena en costas.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de desacuerdo planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo planteada por Colpensiones en la alzada, referente a la restricción del derecho al traslado del demandante, al insistir que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e), del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, al ser un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 67 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 28 de junio de 1954, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl.30 del expediente digitalizado; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Porvenir S.A. el 24 de febrero de 1999 con efectividad desde el 1° de abril del mismo año (fl 141 y 142 del expediente digitalizado), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre el tema, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.

D E L A N U L I D A D D E L T R A S L A D O D E R É G I M E N

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la

prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el traslado se realizó bajo una aparente decisión libre y voluntaria, en cual no estuvo precedido de suficiente información e ilustración por parte del esa entidad que lo recibió, ya que fue indebida y nula para convencerlo de que se trasladara de régimen pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes

alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 24 de febrero de 1999 con efectividad desde el 1° de abril del mismo año (anexo allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, (fl 141 y 142 del expediente digitalizado). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que estando laborando al servicio del Ministerio de Cultura, en las oficinas del Instituto Colombiano de Antropología fueron citados a una reunión en recursos humanos con la jefe y un asesor de la AFP Porvenir y allí le indicaron que lo que mejor le convenía era trasladarse a un fondo privado porque muy posiblemente el ISS se iba a acabar y en aquel obtenía una condición pensional más beneficiosa, en esa reunión solo le pidieron los datos para llenar un formulario de afiliación y después se lo pasaron para que lo firmará, que esas manifestaciones fueron hechas por la jefe de recursos humanos y según recuerda, no recibió ninguna información por parte del asesor del fondo privado como tampoco de la forma de obtener su pensión, ni las modalidades en ese régimen, que la reunión fue muy informal; que lo que lo que le motivo a trasladarse fue las manifestaciones que le hicieron en sentido de que era lo mejor para él ya que iba a tener mejores condiciones para su futuro. Indica que posteriormente no recibió ninguna asesoría de la AFP y solo cuando quiso adelantar gestiones tendientes a obtener su pensión, conoció de la imposibilidad de hacerlo y que lo indicado no era real.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 141 del expediente digitalizado, dado que la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados junto con la contestación de la demanda a folios 141 y ss del expediente digitalizado se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una

facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, ya que lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008

y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por la AFP Porvenir S.A. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pero como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por lo que se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, por lo que no son atendibles lo esbozado por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular; ni las afirmaciones hechas por la AFP demandada en el sentido de que trasladar los aportes, junto con los rendimientos financieros, sin lugar a descontarse los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, debido a que estos no ingresan al patrimonio de esta entidad, sino que entran a formar parte de un fondo común para el financiamiento de las pensiones por ella reconocidas.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso se ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL*

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE DAVID VARGAS PRIETO CONTRA EL BANCO AGRARIO DE
COLOMBIA S.A.*

*En Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintiuno
(2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados
por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el
Magistrado Sustanciador la declaró abierta junto con los demás Magistrados que
integran la Sala Tercera de Decisión.*

Acto seguido, el Tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte actora
contra la sentencia del 30 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado
Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*David Vargas Prieto, mediante apoderado judicial demandó al Banco Agrario
de Colombia S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral,
se declare la existencia de un contrato de trabajo con desigualdad salarial frente
a su compañero de trabajo Carlos García, quien desempeñaba las mismas*

funciones. El consecuencia se condene al pago de la diferencia salarial causada desde el 1° de enero de 2007 a la fecha; las diferencias de prestaciones sociales causadas, indexación de las sumas dejadas de percibir y por las costas del proceso.

Como fundamento de las anteriores pretensiones relata los hechos narrados a folios 209 a 2012 en los que en síntesis indica que: se encuentra vinculado con el banco demandado desde el 26 de diciembre de 2006, inicialmente vinculado a través de Coltempora; la asignación inicialmente pactada fue de \$1.269.000,00; al momento de la vinculación se encontraba laborando en las mismas condiciones de Carlos Alberto García Parra y desde 2006 con las mismas funciones; el 2011 fue vinculado directamente con el banco a través de contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de operador centro de cómputo en procesamiento de información de la dirección nacional y en la actualidad devenga un salario básico de \$ 2.380.000; que el señor García devenga un salario superior; que hechas averiguaciones observó que el 2 de mayo de 2012 al antes nombrado se le trasladó al cargo de profesional universitario con asignación salarial de \$2.046.000,00, la labor es la misma que el promotor desarrolla como operario, cumple los turnos establecidos por el senior según programación establecida; que al interior de la Vicepresidencia TIC de la entidad se relacionan los funcionarios para el procesamiento de información, sin que se discrimine que el señor García ejerza funciones diferentes a los demás operarios del centro de cómputo, por lo que no existe razón para que el salario del señor García sea superior debido a que fue ascendido al cargo de profesional sin cumplir requisitos para serlo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demandada y corrido el traslado de rigor fue contestada en término y en legal forma por el Banco Agrario de Colombia S.A. mediante escrito obrante a folios 246 a 251; en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de condena; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la vinculación inicial a través de Coltempora desde el 26 de diciembre de 2006, para desempeñar de operativo en la gerencia de sistemas, centro de cómputo,

el salario pactado; así como la modificación de su naturaleza a indefinido con plazo presuntivo a partir del 1° de julio de 2011; frente a los demás hechos dijo no constarle, no ser ciertos y ser apreciaciones subjetivas de la libelista. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo puso fin a la instancia mediante fallo atrás referido (fls 271 y 272) en el que absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante presenta recurso de apelación insistiendo en que se acceda a todas las pretensiones formuladas, teniendo en cuenta que el banco no demostró que existieran factores objetivos de diferenciación salarial, ya que como se indicó el señor García fue ascendido al cargo de profesional universitario sin cumplir los requisitos para ello, existiendo una diferencia salarial injustificada, pues, a pesar de que allegó la certificación, el contrato laboral y los cargos, verificando que existe una diferenciación en los cargos, en esas documentales que aportó en la con la contestación de la demanda, no es justo para los trabajadores del centro de cómputo que una persona que tengan las mismas funciones, cumple con los turnos, cumple con la ejecución de los procesos, él no administra, él no programa la ejecución de esos procesos sino que las ejecuta, gane más que las personas que ejercen las mismas funciones porque él ejerce las mismas funciones, si bien no ejecutó las funciones de profesional universitario, Carlos García tampoco lo hizo, conforme se extracta del acervo probatorio incorporado, reiterando que no resulta justificable que el señor García tenga el cargo de profesional y los demás trabajadores del área sean operarios, debiendo este haber nivelado salarialmente a todos los trabajadores de esa dependencia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del Banco Agrario aseguró que no se acreditó que el actor se encontrara frente a una desigualdad laboral o discriminación alguna que implicara una desnivelación salarial.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS procede esta sala a estudiar el recurso de apelación presentado por la parte demandante, revisando los argumentos referidos en la sustentación.

NEXO LABORAL

No es objeto de discusión que el demandante fue vinculado para prestar servicios al Banco Agrario de Colombia S.A. desde el 26 de diciembre de 2006, a través contrato de trabajo a término fijo, relación que se mantuvo hasta el 30 de junio de 2011; que a partir del 1° de julio del mismo año suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, el cual se mantiene vigente, y desde su vinculación a la fecha se desempeña en el cargo de operador en el centro de cómputo en procesamiento de información, en la dirección nacional de la entidad; según se colige de la certificación que obra a folio 26 del expediente digitalizado, así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda.

NIVELACIÓN SALARIAL – VALORACIÓN PROBATORIA

El punto controvertido es el referente a la discriminación salarial por parte de la demandada respecto al actor, por lo que estima que al ocupar igual cargo que los demás trabajadores de la empresa, que desempeñan el cargo de asesor especial devengan sumas superiores, su remuneración debe ser semejante de éstos. Planteada así la litis es al demandante a quien incumbe la carga de la prueba, esto es probar que se les dio un tratamiento diferencial con respecto al trabajador Carlos Alberto García (arts. 167 del CGP y 1757 del CC).

Establecido lo anterior, y en aras de dilucidar el punto de debate, la discriminación en materia laboral es el tratamiento diferenciado y arbitrario que da el empleador a uno o más trabajadores, con base en motivos amañados y sin una justificación objetiva.

El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra el principio de igualdad salarial entre los trabajadores que desempeñan una misma labor, en las mismas condiciones de tiempo y eficiencia. Si el trabajador al desempeñar su labor lo hace en las mismas condiciones y su rendimiento es igual al de otro trabajador que desempeña la misma actividad, debe tener el mismo salario, pues de otra manera se estaría violando un principio no sólo de rango legal sino constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Siendo éste un derecho fundamental que tienen las personas para gozar del mismo trato y protección, de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que pueda existir discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La eficiencia viene hacer un factor importante para la igualdad pregonada por la norma citada.

Para la aplicación de este principio es necesario tener en cuenta que para los casos iguales hay que aplicarse un tratamiento igual, y un tratamiento diferente respecto a aquellos que presentan características desiguales, pues hay que considerar las circunstancias diversas o las condiciones en las que se desenvuelven los sujetos, o por las situaciones de orden particular que puedan afectarlos.

La Corte Constitucional ha expresado que el principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igual de supuestos diferentes (sentencia T 526 de 1992). En otro pronunciamiento señaló:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal: el se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato

diferente si está razonablemente justificado. Se supera también con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática” (sentencia C -221 de 1992).

La Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que “El texto legal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, es aplicable también a casos individuales, pero a este nivel ha sido estricta la exigencia de que se demuestre plenamente la igualdad en las condiciones de eficiencia entre dos trabajadores que reciben remuneración distinta, en el mismo oficio y en igual puesto y jornada. Ahora bien: es de sentido común que la antigüedad en el trabajo y la experiencia consiguiente puede estar en un momento dado en relación directa e inequívoca, con la eficiencia del trabajador...” (sentencia 14 de noviembre de 1957).

Así las cosas, no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentra respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada (relación de proporcionalidad).

De manera que al examinar las pruebas allegadas a plenario bajo los lineamientos del artículo 61 del CPT y SS, encuentra la sala que, si bien, se obtiene que con las certificaciones laborales expedidas por la demandada dan cuenta que, como lo indica el demandante desde su vinculación desempeña el cargo de operador en el centro de cómputo de procesamiento de información de la dirección nacional del banco; que en 2006 devengaba una asignación de información \$1.269.000; y en 2020 \$2.940.000; de igual manera que el señor Carlos Alberto García Parra desempeña el cargo de profesional universitario de procesamiento de dirección nacional contaba con una asignación mensual para el año 2006 de \$1.613.000 y para el año 2020 \$3.530.000, por lo que es evidente que existe diferencia salarial entre el demandante y el señor García, sin embargo no existe identidad de cargos; ya que éste es profesional universitario de procesamiento.

De otra parte, el despacho no puede desconocer que los testigos que concurrieron al proceso; Jorge Enrique Ruiz Ospina y Orlando Roa, dan cuenta que las funciones desempeñadas por Carlos García eran idénticas a las funciones del demandante, que se desarrollaban en las mismas condiciones, es decir, para el despacho se demuestra una identidad de funciones y la eficiencia, y de esta forma el demandante cumple con la carga probatoria correspondiente, así entonces, procedemos a determinar si esa diferenciación de salario está justificada por factores objetivos de diferenciación.

Dando aplicación a la actual jurisprudencia al respecto y teniendo en cuenta la reforma prevista en el artículo 7 de la ley 1696 de 2011 se presume que el trato diferenciado en materia salarial de remuneración es discriminado y corresponde al empleador acreditar que tal diferenciación se funda en factores objetivos, en el presente caso como se indicó el cargo desempeñado por Carlos García corresponde a profesional universitario, cargo al cual fue nombrado de acuerdo a la identificación del cargo expedida por el Banco Agrario de Colombia S.A. se exige como requisito de educación mínima requerida título profesional universitario en ingeniería de sistemas electrónica o informática, requisito que el demandante tal y como se indica desde la misma demanda no reúne, luego entonces para el despacho no es posible que se acceda a la remuneración establecida para un cargo respecto del cual no reúne la totalidad de los requisitos que previamente están establecidos por la entidad demandada, y si bien tanto el demandante en el interrogatorio de parte rendido como los testigos escuchados dan cuenta que el señor Carlos García tampoco ostentaba el título profesional para el momento en que fue nombrado como profesional, ello no permite para el despacho generar un derecho ante el error de la entidad y otorgarle a los demás trabajadores la remuneración salarial que pertenece al cargo de profesional universitario, nótese que los mismos testigos dan cuenta que hasta hace algunos años la entidad bancaria se percató que el señor Carlos García no cumplía con los requisitos mínimos de educación para ostentar el cargo de profesional universitario y le exigió culminar su carrera profesional, lo que deja ver que el banco incurrió en un error al momento de realizar el

nombramiento de Carlos García como profesional, lo que trae consigo otra clase de responsabilidades que no corresponde aplicarlas a través de este proceso, sino por ente de control fiscal, aunado a que, con el propósito de corregir tal irregularidad, como lo menciona el testigo Orlando Albarracín Roa, no solo exigió al señor García el título profesional, sino que también un cambio de funciones de jornada laboral; y no existe razón que justifique u la nivelación salarial en la forma reclamada, en razón a que, en ningún momento el demandante ha cumplido funciones que corresponden a cargo de profesional universitario, pues como el mismo lo acepta en su interrogatorio y lo manifestaron los testigos, siempre han cumplido las funciones de operador en el centro de cómputo en procesamiento de información, en la dirección nacional de la entidad; cargo en el que fue nombrado, por lo que la asignación salarial que recibe el demandante se encuentra acorde a las funciones que desempeña, cosa diferente es que el señor Carlos García teniendo el cargo de profesional universitario, la entidad demandada, no le exija el cumplimiento de las funciones establecidas para ese cargo.

De lo anterior, para la Sala no existe evidencia que la designación errónea del señor García en el cargo de profesional universitario, sin cumplir requisitos para desempeñarse en él, generen comportamientos discriminatorios en relación con las condiciones salariales de sus trabajadores de manera caprichosa y arbitraria, que es el objeto del artículo 143 del código sustantivo del trabajo, lo que pretende esta disposición es evitar discriminaciones laborales en razón a consideraciones sociológicas, culturales, raciales o de género, por ejemplo que no tengan ningún sustento objetivo, pero en el presente caso la diferenciación salarial obedeció exclusivamente a un error en el concurrido banco al nombrar una persona sin el cumplimiento de los requisitos para dicho cargo, y además asignarle funciones contempladas para un cargo inferior, que es lo que realmente sucedió con el señor Carlo García, lo que no justifica una nivelación salarial; por lo que ese error no puede ser fuente de derechos. Lo que impone confirmar la decisión de primera instancia, atendiendo que las demás súplicas dependían del resultado de la antes analizado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

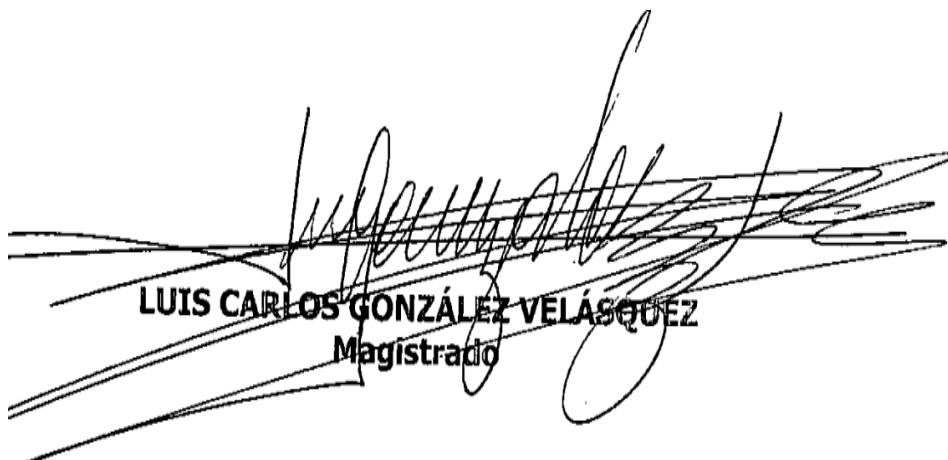
R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo del demandante. Por Secretaría, inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho

Notifíquese en legal forma a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado