

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IBÁN CORTÉS LÓPEZ CONTRA ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Rad. 2017 00155 03. Juz 13.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

IBÁN CORTÉS LÓPEZ demandó a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 a 6.

- Contrato de trabajo vigente.
- Incumplimiento en la consignación de las cesantías.
- Pago de la diferencia de las cesantías del año 2012.
- Sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria del art. 65 del CST.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Se vinculó con la demandada desde el 21 de mayo de 1996, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de asesor comercial senior, su salario es de \$4.920.000. Padece de discopatías múltiples a nivel lumbar, desde el 2009 se le asignó la función de ventas telefónicas, entre septiembre de esa anualidad y enero de 2012 presentó diferentes incapacidades médicas. El salario para el año 2011 fue de \$4.881.000, en la segunda quincena de enero de 2012 le fueron liquidadas las cesantías en la suma de \$585.738 y se consignaron el 29 de ese mes y año \$4.437.410, por lo que quedó pendiente de consignar la suma de \$443.744. El 11 de febrero de 2015 mediante derecho de petición reclamó este faltante. Indicó que las cesantías del año 2003 le fueron canceladas el 1º de marzo de 2004, las del año 2004 el 21 de febrero de 2005, las del año 2005 el 27 de febrero de 2006, las del año 2006 el 20 de febrero

de 2007, las del año 2009 el 16 de febrero de 2008, las del año 2010 el 24 de febrero de 2011, por lo que todas estas fechas permiten evidenciar que al actor se le adeudada la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en tiempo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 177 a 194.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, el inicio del mismo, el cargo desempeñado, la reubicación, la asignación de funciones de ventas telefónicas, las incapacidades entre los años 2009 a 2012, la consignación de las cesantías en la suma de \$4.437.410 en el año 2012, el derecho de petición y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual condenó a la demandada al pago de la suma de \$80.379 por concepto de saldo de cesantías correspondientes al año 2011, las que fueron consignadas al Fondo Nacional del Ahorro en la cuenta individual del actor y absolvió de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir de la documental aportada que el salario promedio devengado para el año 2011 ascendió a la suma de \$4.517.789,42, valor que correspondía consignar por concepto de cesantías para esa época, el que no se efectuó, pues del extracto de cesantías expedido por el FNA se estableció una diferencia a favor del demandante de \$80.379.000 ya que la suma pagada el 29 de febrero de 2012 fue de \$4.437.410, por eso dispuso la consignación de esta suma al FNA y no al trabajador, por cuanto el contrato de trabajo aún está vigente. Absolvió de la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del art. 99 de la Ley 50/90 porque no encontró un actuar de mala fe por parte del empleador, indicó que si bien la demandada consignó un valor diferente al que correspondía al trabajador, ello fue en virtud de que el demandante para esa época fue reubicado en varias oportunidades, presentó diferentes incapacidades y tenía unos incentivos atados al cumplimiento de metas conforme lo manifestado por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, aunado a que el valor adeudado no

era de una suma trascendental frente a la cuantía pagada. Y absolvió de la sanción del artículo 65 del C.S.T. porque ella opera solo para salarios y prestaciones adeudados desde la finalización del vínculo laboral.

Recursos de Apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante aduce que no está de acuerdo con la falta de condena por la sanción moratoria del art 99 de la Ley 50/90, indica que se probó en el proceso que la empresa actuó de mala fe al dejar de consignar de manera oportuna la prestación, adujo que el juez no hizo pronunciamiento alguno respecto a la consignación tardía (después del 15 de febrero), la empresa no solo comete el error de calcular el mal el salario, sino que además no justifica la forma tardía para hacer la consignación. Cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de julio de 2009 expediente 4059. De otra parte, solicita la imposición de la sanción moratoria del art. 65 del CST, por el pago tardío de las cesantías pues conforme lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el empleador también debe ser condenado por la retención ilegal tanto de los salarios como de las prestaciones sociales sin importar si su contrato de trabajo se encuentre vigente.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: Solicita se confirme la decisión, como quiera que pese a que para el año 2011 se pagó correctamente las cesantías del período, la diferencia determinada por el A quo es acertada. Adujo que no existió mala fe por parte del empleador, razón por la cual no procede la indemnización perseguida.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si son procedentes las condenas al pago de las sanciones consagradas en el artículo 65 del C.S.T y artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Previo a resolver el asunto advierte La Sala que no fue controvertido por la parte recurrente la cuantía que estableció la Juez respecto al saldo pendiente por cancelar y que corresponde al auxilio de cesantías del año 2011, el que asciende a la suma de \$80.379,42.

Sanción por no consignación de las cesantías

La parte actora considera que en el asunto sí existió un actuar de mala fe de la empleadora que hace procedente el pago de las sanciones consagradas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la falta de consignación de las cesantías a un fondo el 15 de febrero del año siguiente y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. T. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en las normas reseñadas no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso examinar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre otras) aspecto reiterado en la sentencia SL-4330 del 21 de octubre de 2020, en el que se indicó: " *...requiere el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del deudor. Para tal fin, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, CSJ SL8216-2016, CSJ SL16884-2016 y CSJ SL694-2019, entre otras). Así mismo, en la sentencia SL-194 de 2019 se precisó: "Si de las circunstancias fácticas se colige que le empleador obró con lealdad, sin ánimo de ocultación o de atropello, debe ser absuelto de dicho concepto, pues la existencia de una verdadera relación laboral no trae consigo la imposición de la sanción, ya que, como se subrayó, su naturaleza sancionatoria impone al juzgado auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo."*

Para resolver la controversia importa precisar que analizada la conducta de la empleadora en esta instancia, La Sala contrario a lo indicado por el recurrente, lo primero que advierte es que no hay mora en el pago de salarios y prestaciones para imponer la condena del art. 65 del CST, y si bien a folio 98 se observa la consignación por concepto de cesantías del año 2011 por la suma de \$4.437.410 la que se efectuó el 29 de febrero del año 2012, (con una mora de 14 días), lo cierto es que en el caso del actor existieron diferentes razones que generaron la mora, como lo fueron las

distintas incapacidades otorgadas al accionante, la reubicación laboral, el salario variable por las incapacidades y el cumplimiento de metas en ventas las cuales incidieron en la liquidación del auxilio de cesantías, aunado a esto, se colige tal como lo precisó el juez que el faltante que asciende a la suma de \$80.379.42, es un valor que en efecto resulta ínfimo de cara a la totalidad de lo consignado, y que para La Sala permite entrever que la empleadora se esforzó en cumplir con su deber y respeto de este derecho al trabajador. Por otra parte, importa resaltar que durante toda la relación laboral la cual está vigente desde el año 1996, no se advierte que la demandada haya incurrido en mora de otras acreencias laborales a favor de CORTÉS LÓPEZ, pues no se le imputa desconocimiento de pagos o mora en sus salarios o demás prestaciones sociales, actuación que permite concluir que la demandada ha desplegado una conducta de buena fe, y que el error en la liquidación de las cesantías del año 2011 obedeció a las circunstancias ya referidas para computar el salario que incidió en el cálculo de las cesantías, las que si bien cuenta con un pequeño retardo (porque se consignaron el 29 de febrero del año 2012, esto es, 14 días después de la obligación legal) éste conforme las circunstancias que revistieron el computo del derecho, además de contar la empresa con el convencimiento de pagar lo que consideraba realmente adeudado; conllevan a la confirmación de la decisión de primera instancia.

Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Respecto a la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., es claro que esta procede a la terminación del contrato cuando el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, norma que no ha sido objeto de modificación y por esta razón no le es aplicable al demandante; sin embargo si en gracia de discusión le asistiere razón al recurrente (condenar la indemnización con el vínculo laboral vigente) esto implicaría serias dificultades para su liquidación como quiera que no existe manera de determinar el extremo inicial para su cálculo y por ende también para su prescripción.

Bastan están consideraciones para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de julio de 2019, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GREGORIO ROBLES LUNA contra
DRUMMOND LTDA Rad. 2018 00363 01 Juz 03.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GREGORIO ROBLES LUNA demandó a DRUMMOND LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 7 a 11.

- Contrato de trabajo desde el 19 de junio de 2000 el cual se encuentra vigente.
- Declaratoria de ineficacia de la cláusula tercera del contrato de trabajo que determina que el actor es un trabajador de dirección y confianza.
- Reliquidación de las acreencias laborales conforme el trabajo suplementario.
- Pago de aportes a pensión.
- Indemnización moratoria del art. 99 de la Ley 50/90.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls 11 a 16. Se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 19 de junio del 2000, en el cargo de ayudante de maquinista y fue promovido al de maquinista de locomotora, su salario actual es de \$7.857.585. En la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se estableció que, conforme a la naturaleza de las funciones, el cargo ocupado por el actor es de dirección, confianza y manejo. Sus funciones, consisten en manipular y conducir el equipo tractivo del tren (locomotoras) desde el puerto de Ciénaga – Magdalena hasta las minas que son propiedad de la empresa en el municipio de la Loma Calenturita en el departamento del Cesar, efectuar la revisión e inspección de los vehículos y las actividades propias de la conducción del mismo.

Dijo que no representa al empleador, dadas las actividades que realiza, las órdenes e instrucciones provienen del gerente, el superintendente y los supervisores de área. Su horario de trabajo es por turnos de 12 horas que inician a partir de las 7:00 a.m. hasta las 7:00 p.m. durante siete días, con tres días de descanso o, desde las 7:00 p.m. a 7:00 a.m. por seis días, con cuatro días de descanso por lo que labora un promedio de 84 horas semanales, sin que se le hayan reconocido el pago de trabajo suplementario. El actor se encuentra afiliado al Sindicato Agremiación de Tripulantes de Trenes "AGREGRITRENES", en el cual se pactó a través de la Convención Colectiva de Trabajo (2016 – 2019) en su artículo 50, que a partir del mes de abril del año 2004 la empresa aplicaría los recargos para efectos de la remuneración del trabajo suplementario.

La agremiación AGRETRITRENES el 09 de octubre de 2015, petitionó a la convocada a juicio, el reconocimiento y pago de horas extras, además de la supresión de la cláusula de los trabajadores de manejo y confianza para quienes ocupan el cargo de maquinistas de locomotoras y ayudantes de maquinistas, sin embargo, al no obtener respuesta positiva, la organización sindical requirió a la demandada ante el Ministerio de Trabajo y en audiencia celebrada el 12 de noviembre de ese año no se llegó a ningún acuerdo. El 09 de mayo de 2017, presentó reclamación de pago de acreencias laborales sin obtener respuesta, el 09 de octubre de ese año, el trabajador radicó derecho de petición, en el que solicitó certificación año a año del salario y cargo por él ocupado, no obstante, el día 30 del mismo mes y año, el empleador no certificó la totalidad de la información solicitada. Luego, el 25 de octubre de 2017, la organización gremial solicitó a la pasiva, copia del manual de funciones del cargo de maquinista y del ayudante, pedimento al que no se dio respuesta. Finalmente, aduce que se adeuda la totalidad de los aportes a pensión.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a folios 1 a 23 del cuaderno número uno.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación laboral, el cargo, los salarios, la cláusula tercera del contrato de trabajo, el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, la afiliación del actor a la organización sindical, la solicitud de certificación de salarios, reclamación de pago de acreencias laborales, querrela administrativa ante el Ministerio de Trabajo y su no conciliación.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 19 de junio de 2000 y se encuentra vigente. Declaró la ineficacia de la cláusula tercera del contrato de trabajo celebrado entre la demandada y GREGORIO ROBLES LUNA, en la fecha ya mencionada, en la que se catalogó al demandante como trabajador de dirección, confianza y manejo y absolvió a la pasiva de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al constatar del material probatorio, que el actor no cumple con las funciones propias de un cargo de manejo y confianza, dado que no representa al empleador, no tiene facultades sancionatorias, ni tampoco cuenta con la autonomía requerida para ejercer sus labores. Respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de trabajo suplementario, indicó que el demandante no cumplió con su deber probatorio respecto de este ítem, como quiera que se limitó a solicitar únicamente su pago, sin individualizar las fechas y horas extras trabajadas, tal como lo señala la SL de la CSJ en sentencia 47568/15. No accedió al pago de los aportes a pensión, toda vez que a ROBLES LUNA le fue reconocida pensión de jubilación según Resolución No. 2182 del 14 de diciembre de 1989 proferida por Ferrocarriles de Colombia en Liquidación, por lo que para el momento de la vinculación con la demandada, el trabajador ya gozaba de dicha prestación situación que no obligaba al empleador a efectuar las cotizaciones a pensión conforme el art. 17 de la Ley 100/93, además de que el demandante no probó que hubiese solicitado la afiliación a un fondo de pensiones. Frente a las otras pretensiones, manifestó que al no reconocerse el pago de trabajo suplementario éstas no están llamadas a prosperar y se relevó del estudio de las excepciones propuestas, dadas las resultas del proceso.

Recursos de Apelación

El demandante, difiere de la decisión del A quo, pues considera procedente la condena al pago por trabajo suplementario como quiera que de los registros de horarios aportados por la demandada se puede establecer los recargos nocturnos, dominicales y festivos de los días trabajados desde el año 2015, considera que pese a que la pasiva no cumplió con lo solicitado de oficio por el juzgador porque en algunas de esas planillas no se registra el horario de entrada y salida del trabajador, tal acción lo que denota es la mala fe de la empresa. Recordó que en la primera

audiencia celebrada en el proceso se manifestó haberse solicitado de manera verbal la afiliación al fondo de pensiones, a lo que la llamada a juicio hizo caso omiso y esa situación le ha generado un perjuicio pues de contar con esos aportes hubiera podido perseguir la reliquidación de la pensión ya reconocida o buscar una nueva.

La demandada, apeló lo correspondiente a la declaratoria de ineficacia de la cláusula tercera del contrato de trabajo y la condena en costas. Lo primero, dado que el demandante si ejerce funciones propias de un cargo de confianza y manejo, ya que el maquinista (cargo actual del actor) es quien supervisa las funciones de movimiento y traslado del tren, además de que sus actividades edifican la columna vertebral de la compañía.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: pide se acceda al reconocimiento del trabajo suplementario, por cuanto los registros de horario dan cuenta de las horas extras laboradas por el actor, máxime cuando el A quo determinó que las funciones desempeñadas por él no corresponden a las de dirección, confianza y manejo. Respecto a los aportes a pensión, aduce que el actor solicitó verbalmente la afiliación al fondo de pensiones, no obstante, la demandada hizo caso omiso lo que le generó un perjuicio a sus derechos pensionales.

Parte demandada: manifiesta que el juez de instancia al declarar nula la cláusula tercera del contrato de trabajo, desconoce la operación de ferrocarriles, dado que las funciones que el actor desempeña (conducción de la locomotora) si corresponden a las de un trabajador de confianza y manejo, sin tener en cuenta las normas y reglas ROFF –ITCS que aplica para la tripulación de los trenes, como es el caso del demandante, razón por la que pide se revoque parcialmente la decisión en lo concerniente a la clasificación del trabajador, como funcionario de dirección, confianza y manejo.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de alzada, procede La Sala a analizar si en el asunto le asiste derecho al actor a la reliquidación de sus acreencias conforme el trabajo suplementario, si hay lugar a imponer condena por aportes pensionales y sí la labor encomendada a ROBLES LUNA corresponde a las de dirección, confianza y manejo.

Reliquidación por trabajo suplementario

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del C.G.P y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos) corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en esa jornada y que no le fue cancelado por su empleador, ya que no es dable al juzgador efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia. Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas la sentencia con radicado No 31637¹ del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última: *“Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas...”*

Descendiendo al objeto en controversia es de precisar que el demandante en ninguno de los 72 hechos de la demanda siquiera individualiza cuando trabajó tiempo adicional al de la jornada legal y por cuantas horas en cuales días, la única aproximación que hace es la relacionada con el horario donde asevera que tiene turnos de 12 horas, de 7:00 am a 7:00 pm durante 7 días y descansa 3 días, luego inicia otro turno de 7:00 pm a 7:00 am con un descanso 4 días, también afirma que ha tenido turnos entre 12 a 24 horas corridas, que puede iniciar un turno a las 7:00 am en puerto, salir en el tren a las 9:00 am, llegar a la mina a las 4:00 pm donde queda en turno hasta por 8 horas mientras se carga el tren, salir de la mina a media noche y llegar a puerto a las 7:00 am para entregar el turno, por lo que trabaja un promedio diario de 14 horas y 84 horas a la semana, no obstante esta contabilidad genérica y abstracta del tiempo laborado no cuenta con la fuerza suficiente para acreditar el trabajo suplementario en los términos decantados por la jurisprudencia y que aquí se reclaman, a fin de soportar una condena en torno a este ítem.

¹ Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que **el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

De las pruebas recaudadas, se cuenta con la declaración del **representante legal de la demandada**, quien afirmó no haber cancelado ninguna suma por trabajo suplementario, lo que justificó en el hecho de que el actor es un trabajador de confianza, que cuenta con una restricción en horario nocturno y ha tenido varias incapacidades.

El testigo **ALFREDO ENRIQUE SÁNCHEZ** (también maquinista y compañero de trabajo del actor) indicó que no les cancelan trabajo suplementario, sus viajes son de 12 horas, ellos presentan los despachos de lo que se transporta, no son autónomos, cumplen ordenes de FENOCO, cuentan con un supervisor. La tripulación la integran el maquinista y el ayudante, cada uno sabe sus funciones y lo que debe hacer. Cuando ellos (demandante y testigo) se vincularon a la empresa venían de trabajar para la extinta estatal férrea y se les dijo que no podían cotizar a pensión porque ya tenían esa prestación reconocida. El maquinista puede trabajar 12 horas diurnas o nocturnas y es quien tiene el mando de la locomotora. Dijo que en el momento en que termina la jornada se hace el relevo y son llevados a las casas.

JUAN JOSÉ OSORIO ESTRADA (ayudante de maquinista) en cuanto a los turnos informó que estos son de 7 días con un máximo de 12 horas, en el contrato actual se le paga un porcentaje por trabajo suplementario y aportes a seguridad social. Ha trabajado con el actor como ayudante, son dos personas las que están en el tren (el maquinista y el ayudante), para la toma de decisiones se debe consultar con FENOCO o con los supervisores de la empresa, ellos (maquinista y ayudante) se limitan a cumplir las órdenes que se imparten por radio. Al cumplir las 12 horas de trabajo se les envía un relevó al lugar donde se encuentren, cuando hay imprevistos estos se informan al supervisor líder y a FENOCO, no pueden mover el tren sin instrucciones. Según el reglamento de operaciones el maquinista es la persona encargada de manejar el tren, ellos son capacitados y evaluados constantemente.

El testigo **CARLOS HERNÁN HURTADO** (supervisor de operaciones de la demandada) fue supervisor del actor y es quien emite las instrucciones por radio o personalmente, explicó que la operación consiste en que el tren llega vacío a la mina, se carga y luego se dirige a puerto y ello puede demorar hasta 24 horas. En la empresa se programan ciclos para la continuidad del tren, la jornada máxima de trabajo son 12 horas pero no siempre se trabaja tal tope. Indicó que cuando el tren sale de puerto y llega a la mina inicia el cargue y el descanso del trabajador el que es relevado por otra tripulación. Precisa que cuando se cumple la jornada máxima (12 horas) un vehículo se acerca al tren (sin importar en que parte del trayecto se encuentren) los recoge y los lleva a casa. En la mina cuentan con un mínimo de

descanso de 8 horas. Precisó que FENOCO es el concesionario de la vía y controla el tráfico férreo. La tripulación está integrada por el auxiliar y el maquinista quien es el líder, ellos cuentan con capacitaciones y entrenamiento. Sus jornadas de trabajo son 7 días laborados por 3 de descanso y otros 7 días de trabajo por 4 de descanso. Cada trayecto es de 4 a 5 horas. Ha visto al actor en turnos diarios y fines de semana.

El testigo **JAVIER ALFREDO GÓMEZ** (trabaja en el área de operaciones) dijo que la labor depende del ciclo del tren, reiteró que FENOCO es quien controla el tráfico férreo, el tren está a cargo del maquinista y él es quien responde por éste. Los turnos de descanso son respetados y ellos dependen de la operación. Se laboran 7 días seguidos y se descansa 96 horas. Indicó que el demandante tiene restricciones para trabajo nocturno y los controles se llevan en planillas.

CALIXTO RAÚL ORTEGA (superintendente en la demandada) manifestó que en algún momento fue supervisor del demandante, las órdenes las daba por radio, la jornada de trabajo son 7 días seguidos con un máximo de 12 horas diarias y se descansan 9 horas, hace un tiempo la jornada era 14 por 7, no siempre se trabajan dominicales y festivos, la tripulación la integran dos personas, el maquinista es quien conceptúa y presenta el tren. Señala que el cargo de maquinista es de confianza y manejo, ese cargo trabaje o no, cuenta con un salario fijo, cuenta con transporte preferencial, tiene uniforme diferente, son los únicos que pueden descansar en la mina y esas distinciones obedecen a la importancia del cargo. Precisó que el transporte de carbón férreo es la columna vertebral de la empresa y que el demandante tiene restricciones para laborar de noche.

De otra parte, se cuenta en 1.138 folios de registro del programa diario de la tripulación desde el 01 de junio de 2015 al 30 de junio de 2018 aportados por la demandada, documentales en las que se observa registro de llegada a puerto y a mina, compensatorios, incapacidades, permisos, vacaciones, turnos nocturnos y algunos turnos sin ni siquiera especificar hora de entrada y salida del actor de sus labores, no obstante resulta importante recordar en este punto que el ejercicio de verificar en esos documentos qué horas nocturnas, dominicales y festivos trabajó ROBLES LUNA le incumben solo a él, pues es ese precisamente su deber probatorio y no del juzgador como lo pretende el recurrente al indicar que con las documentales referidas se pueden hacer los cálculos por el Despacho y determinar el trabajo suplementario perseguido desde el año 2015, persistiendo su falencia de individualizar el trabajo realizado con el que pretende reliquidar sus acreencias. Quedó determinado que en la empresa están establecidos turnos de trabajo con una jornada máxima de 12 horas diarias, al revisar éstas documentales se advierten

jornadas desde 5 a 12 horas (lo que no ocurre todos los días) y compensatorios hasta de 4 días, pero esta información ante la inexactitud del demandante en determinar cuáles horas trabajó y no se le han cancelado, junto con la imposibilidad de que el juez haga suposiciones acomodaticias, impiden en este momento modificar la decisión del A quo, por lo que la misma se confirma.

Aportes a pensión.

Expone el recurrente que la demandada nunca ha cumplido con su deber de efectuar los aportes pensionales del actor los cuales ha solicitado a la empresa de forma verbal. Pues bien, al respecto se ha de reiterar y aplicar el mismo principio anterior que consiste en que quien pretende un derecho a éste le asiste el deber de demostrarlo conforme los postulados del art. 167 del C.G.P, esto se precisa para indicar que en el proceso no hay prueba de que el actor haya demostrado que solicitó ante la demandada el pago de sus aportes pensionales, no obstante y más allá de esta situación, tal como lo advirtió el juez de instancia en el asunto no se puede pasar por alto que el demandante cuenta con una pensión mensual vitalicia conforme la información que reposa en el cd del folio 24 cuaderno 1 donde milita la Resolución 2182 del 14 de diciembre de 1989 donde la extinta estatal férrea reconoció tal prestación, circunstancia que sumada o lo dispuesto en el literal c) art. 2 del Acuerdo 049/90 " *PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación*" en concordancia con el art. 17 de la Ley 100/93, modificado por el art. 4 de la Ley 797/03, el cual consagra la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema general de pensiones y en el que precisa: "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente*". En consecuencia como el actor ya estaba pensionado al momento en que se vinculó con la demandada (año 2000) data para la cual la ley ya había definido cuando son obligatorios los aportes pensionales, se colige que este pedimento fue bien denegado por el juez y la decisión se ajusta a derecho.

De la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo de Robles Luna.

En el asunto conforme el contrato de trabajo suscrito el 19 de junio del año 2000, se advierte que el demandante se vinculó inicialmente en el cargo de ayudante de

maquinista, cargo que se denominó por las partes en virtud de la naturaleza y funciones como de dirección, confianza y manejo el cual ostentó hasta el 15 de diciembre de ese año, momento en que fue promovido al cargo de maquinista, el que conforme el compendio de normas y reglas de la demandada (fl 137 cuaderno 1) es "Un empleado encargado de la supervisión y el funcionamiento de un movimiento" que para el caso corresponde al desplazamiento de la locomotora entre la mina y el puerto, tarea que incumbe a sus obligaciones como trabajador pues para tal actividad es que actualmente está vinculado con la demanda, luego entonces, la labor que desempeña el demandante pese a que fue pactada por las partes como de dirección y confianza, ellas no corresponden al concepto que maneja tanto la ley como la jurisprudencia para estos empleos. Al respecto el art. 32 del CST indica que los trabajadores con esa categoría son aquellos que representan al empleador, como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejecuten actos de representación, a su turno la Corte Constitucional al analizar la jornada laboral de los cargos de dirección, de confianza y de manejo en la sentencia C-372/98, conceptuó al respecto:

*"En este orden de ideas, cabe precisar que **los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines.** Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir **situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente,** toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.*

Acerca de este tópico, vale la pena transcribir las consideraciones de la H. Corte Suprema de Justicia que, aún cuando fueron hechas antes de la Constitución de 1991, a juicio de esta Corporación, son plenamente ajustadas al nuevo orden superior:

"Se observa en primer lugar que, por razón de los caracteres particulares de algunos trabajos o actividades, el legislador se vio obligado a crear una especial categoría de trabajadores que, para ciertos efectos, sometió a un régimen especial, como ocurre en lo referente a la jornada máxima de trabajo y al fuero sindical.

*"Por lo que hace al punto que interesa al caso en estudio, el artículo 162 del Código sustantivo del Trabajo, estableció lo siguiente: 'Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo;'. **Esos términos 'de dirección, de confianza o de manejo' que utiliza la ley, no implican categorías distintas conforme al significado gramatical de las palabras que emplea, sino que abarcan una institución única, traducen una sola idea y son la expresión legal del concepto 'trabajadores de confianza', nacido de las necesidades y del interés de las empresas.** Por otra parte, se trata de un concepto genérico, que no es susceptible de numeración limitativa, y que, por consiguiente **para precisar si una determinada actividad implica el desempeño de un cargo 'de dirección, de confianza o de manejo' debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa (...)**"*

En consecuencia los trabajadores con esta denominación se caracterizan precisamente porque ocupan una especial posición en la empresa, cuentan con un estatus diferenciado en virtud de sus facultades disciplinarias, poder de mando, inspección, vigilancia, fiscalización, discrecionalidad, autodeterminación, y su labor les exige en el marco de sus responsabilidades la representación del empleador. En ese orden al cotejar la realidad de la actividad diaria desplegada por ROBLES LUNA con la naturaleza del cargo acordado por las partes (dirección, confianza y manejo) y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, La Sala llega a la misma conclusión del juez, ya que el hecho de que el demandante maneje una locomotora no le atribuye una categoría especial dentro del orden jerárquico de la empresa, pues al contrario lo que se advierte es el desarrollo de la actividad ordinaria de la demandada y que consiste en el transporte férreo de carbón. El actor no cuenta con ninguna posición especial escalonada y si bien la actividad que desempeña el demandante le otorga prerrogativas tales como contar con un salario fijo (cumpla o no la jornada laboral) tal como lo precisó el testigo CALIXTO RAÚL ORTEGA, cuenta con un transporte que lo movilizada desde el lugar en que se cumple el turno de la jornada máxima hasta su domicilio, o el descanso en la mina, lo cierto es que ninguna de estas situaciones ratifican algún tipo de posición dominante en la empresa ni una facultad de representación, y si bien el actor es el encargado de poner en marcha la locomotora donde se transporta el carbón, su autonomía solo se limita a poner en camino ese medio de transporte y lo relacionado con esa movilidad (trayecto, velocidad, freno, parqueo) el cual también está sujeto a las instrucciones de FENOCO y de los supervisores de la demandada quienes se comunican por radio tal como lo precisaron los testigos Juan José Osorio, Alfredo Enrique Sánchez, Carlos Hernán Hurtado y Calixto Raúl Ortega.

En consecuencia, como en el caso la pasiva tampoco cumplió con su carga probatoria pues no se demostró que el actor desempeñe unas funciones especiales para mantener la estipulación contractual determinada en el contrato de trabajo y que caractericen el direccionamiento endilgado en pro del desarrollo empresarial y las políticas de organización de la demandada, este punto también se confirma.

COSTAS.

Respecto a esta condena basta con recordar el numeral 1 del art. 365 del CGP el cual prevé que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, y como en el asunto salió avante una de las pretensiones como lo es la declaratoria de ineficacia de la cláusula tercera del contrato de trabajo, se tiene que la condena por este concepto está conforme a derecho.

Sin costas en esta instancia como quiera que no prosperó ninguno de los recursos plateados por las partes.

DECISIÓN

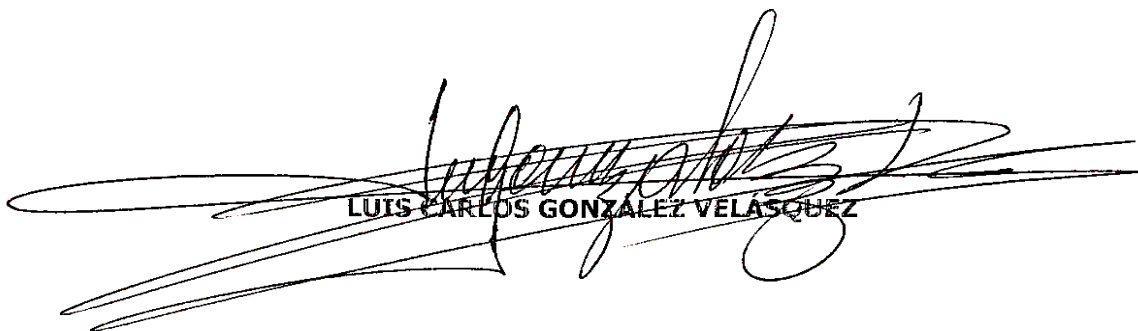
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Sin COSTAS en la instancia ante la improsperidad de los recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFREDO GIL RICO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00101 01. Juz. 18.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veinte uno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ALFREDO GIL RICO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 3.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 y 3. Nació el 28 de enero de 1954. Se afilió al ISS el 10 de marzo de 1988. El 29 de agosto de 1995 se trasladó a PORVENIR S.A., donde no se le informó sobre las desventajas que acarrearía el traslado de régimen, tampoco se le efectuó una proyección de su mesada pensional y no se le aclaró cuanto capital debía ahorrar para alcanzar su pensión de vejez. Porvenir le indicó que su mesada pensional sería equivalente a \$1.282.600 a los 64 años de edad y en Colpensiones su pensión ascendería a un valor superior al de \$3.876.450 a los 60 años de edad y bajo las condiciones del régimen de transición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible en fls. 71 a 88.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 126 a 133.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante a la AFP PORVENIR S.A. suscrita el 8 de noviembre de 1996. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros ahorrados en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó recibirlos. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que no se demostró la asesoría brindada al demandante. Dijo que el argumento de la AFP respecto a que GIL RICO había suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria es equivocado, como quiera que la libertad del traslado de régimen pensional presupone un conocimiento pleno de las consecuencias del cambio de régimen y sin la información suficiente no existe la autodeterminación alegada por Porvenir, aunado a que esa AFP no suministró al afiliado información clara y precisa sobre las características de los regímenes. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada dado que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ella tienen la misma connotación tal como lo ha expresado la SL CSJ en sentencia 8544/16.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó que la suscripción del formulario es prueba suficiente de que la afiliación del actor se hizo de forma libre y voluntaria, que para el momento del traslado el ordenamiento jurídico no determinaba de forma concreta

como las AFP debían documentar la asesoría brindada, por cuanto no es dable imponer obligaciones distintas a las contempladas en la ley, adujo que la permanencia por más de veinte años en el RAIS ratificó su decisión de pertenecer a ese régimen pensional. Consideró que GIL RICO faltó a sus obligaciones como consumidor financiero pues no desconocía las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional, aunado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797/03 que impide su cambio de régimen. Adujo que no se probó la existencia del dolo como vicio del consentimiento y que el A quo descartó lo señalado en los artículos 1742 y 1743 del C. Civil. Manifestó que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, toda vez que el demandante conocía de la destinación de estas deducciones, además de que se estaría desconociendo la gestión de la administradora. Dijo que la devolución de los gastos de administración, debe estar afectada por la prescripción trienal como quiera que no hacen parte integral de la pensión y los cuales no corresponden al afiliado.

COLPENSIONES, resaltó que GIL RICO se encuentra inmerso en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/03 pues al declarar la ineficacia del traslado, se vulneraría el principio fundamental de sostenibilidad financiera, como quiera que deberá asumir la carga prestacional del afiliado. Indicó que el demandante afianzó su decisión de traslado al permanecer por más de 20 años en el RAIS, que su cambio de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, máxime cuando el promotor del proceso es profesional en el área de las letras, por lo que considera que no puede excusarse en el desconocimiento de la ley para su propio beneficio.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada: La **AFP PORVENIR**, no hizo uso de esta etapa procesal.

COLPENSIONES, adujo que el demandante no probó que la AFP a la cual se trasladó, haya incumplido con el deber de información que le asiste, además de que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797/03, razón por la cual el promotor del proceso, no puede ahora beneficiarse de la falta de diligencia, máxime cuando son sus derechos pensionales los que se discuten.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito que milita a folio 6, de fecha 15 de enero de 2019, en la que se solicitó la nulidad del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., al cual se trasladó desde el 08 de noviembre de 1996 (fl. 101). En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se le suministró información suficiente, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante el 08 de noviembre de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 101) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

traslado, es que la AFP suministre información completa y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (aquí PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611-2020³), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen “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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A. entidad que asumió la afiliación del demandante, ya que se limitó a alegar que el traslado de régimen pensional estuvo conforme a la legislación vigente de la época esto es la Ley 100/93 y que la suscripción del formulario acreditaba la voluntad libre del afiliado; sin embargo estas circunstancias valoradas con el formulario de solicitud de vinculación no demuestran la debida asesoría y el hecho de alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional cuando la persona desconoce la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales, ni es aceptable, ni muchos menos se satisface con la expresión genérica del formulario (SL1688-2019). La AFP PORVENIR S.A. no aclaró en que consistió esa información verbal suministrada y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

Es de precisar que la SL CSJ en reiteradas decisiones ha indicado que el deber de información en cabeza de las administradoras siempre ha existido (SL1452-2019)⁵ y

⁴ 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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

⁵ En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

es por esto, que el argumento de las demandadas sobre el tiempo de permanencia (por más de 20 años) en el RAIS no es suficiente para convalidar su decisión de cambio, pues tal circunstancia no lo hace conocedor de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, como tampoco el hecho de la amplia preparación académica del demandante (profesional en letras), pues esta información sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Frente a la aplicación del art. 271 de la ley 100/93, el cual considera PORVENIR que no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado pues se impone una sanción al suponer un dolo que no se probó, es de citar la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, donde la SL CSJ precisó que: *"La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*, por ende, cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para entender las consecuencias del traslado.

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Finalmente, sobre los artículos 1742 y 1743 del Código Civil citados por Porvenir, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para el demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, en consecuencia si es procedente que el Juez de primera instancia declare la nulidad del traslado de régimen pensional, pues su decisión no fue caprichosa si no que obedeció al incumplimiento al deber de asesoría e información en cabeza de Porvenir.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como la demandada es la administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es ella la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes

efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM.

Tampoco es de recibo el argumento de las llamadas a juicio, de que como el demandante está inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al actor entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

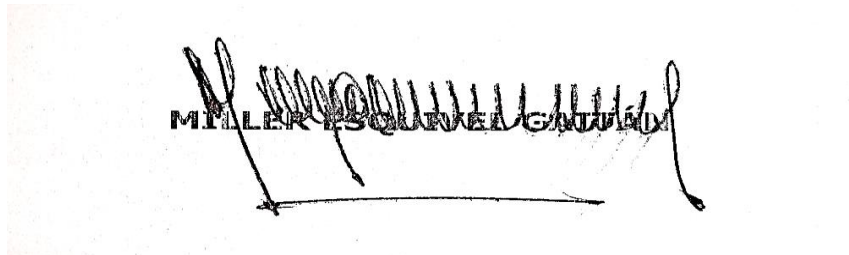
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GONZALEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZENITH ZAPATA BAHAMÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00429 01 Juz 15.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUZENITH ZAPATA BAHAMÓN demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 3 y 4.

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 23 de febrero de 1970. Se afilió al ISS desde el 11 de junio de 1990, allí cotizó un total de 400 semanas. El 04 de febrero de 1998, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones del traslado de régimen. El 17 de noviembre de 2006 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A su actual administradora, persistiendo la falta de información suficiente, que le permitiera entender las consecuencias de los traslados. El 05 de diciembre de 2018, PORVENIR le informa que de continuar cotizando hasta los 57 años de edad su mesada sería por valor de \$3.769.500. Una vez efectuada la simulación pensional, concluyó que en el RAIS su pensión sería inferior a la que se le hubiese reconocido en el RPM la cual equivaldría a la suma de \$9.078.665 a la misma edad. En el 2018 solicitó a las demandadas la nulidad de traslado al RAIS y la afiliación al RPM, sin que se accediera a lo pretendido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 122 a 131.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos admitió; la fecha de nacimiento, la edad, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS, la solicitud de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y genérica.

PROTECCIÓN S.A., contestó en los términos del escrito visible a fls. 135 a 145.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó, la fecha de nacimiento, edad, la solicitud de anulación del traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y genérica.

PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visible a fls. 205 a 236.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz la afiliación efectuada por LUZENITH ZAPATA BAHAMÓN del RPM al RAIS a través de la administradora PROTECCIÓN, el día 04 de febrero de 1998. Ordenó a PORVENIR actual administradora de ZAPATA BAHAMÓN, a trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a esta a reactivar la afiliación de la demandante, a recibir dichos recursos y a acreditarlos como semanas cotizadas al RPM. Llegó a tal determinación luego de establecer que PROTECCIÓN no

cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del C.G.P, como quiera que no acreditó el cumplimiento al deber de información, pues solo aportó el formulario de afiliación, el cual consideró no ser suficiente para demostrar que el traslado de régimen pensional hubiese sido libre y voluntario. Manifestó que el cumplimiento al deber de información, se analizó desde el momento del traslado de régimen, no obstante, el traslado horizontal efectuado a Porvenir, no convalida la falta de asesoría e información del traslado inicial de la promotora del proceso. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, por cuanto este fenómeno no opera en la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que los derechos que surgen de esta declaratoria corren su misma suerte, según expresado por la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación.

La **AFP PORVENIR**, adujo que la demandante en su interrogatorio de parte mencionó las características propias del RAIS, por lo cual debe entenderse que, al momento del traslado, ella conocía las consecuencias que este acarrearía. Indicó que la parte actora faltó a sus obligaciones como consumidor financiero pues no se preocupó de indagar sobre su futuro pensional desde el momento de la vinculación con esa AFP, aunado a que ZAPATA BAHAMÓN se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/03 que impide su cambio de régimen. Recalcó que no se probó la existencia del dolo como vicio del consentimiento, para que se impusiera la sanción del art. 271 de la Ley 100/93. Manifestó que no es procedente la devolución de gastos de administración, toda vez que estos valores no hacen parte integral de la pensión de vejez y se encuentran prescritos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que la demandada no probó el deber de información que le incumbía al momento del traslado de régimen pensional, deber que siempre ha existido, por lo que la decisión de traslado debe ser consciente e informada y el hecho de suscribir un formulario de afiliación no subsana la omisión por parte de la AFP.

Parte demandada:

COLPENSIONES, pide se revoque la decisión, ya que no se probó la existencia de vicios del consentimiento, por lo que el traslado de régimen pensional goza de plena validez. Manifiesta que la AFP cumplió con su deber de información, hecho que acreditó con la suscripción del formulario, por lo que considera que el traslado de régimen se efectuó de forma libre y voluntaria. Concluye, que en caso de confirmarse la decisión, el aceptar a la afiliada en el RPM se afectaría el principio de sostenibilidad financiera que cobija dicho régimen.

Las AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. guardaron silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la orden de devolución de los gastos de administración y sus respectivas consecuencias.

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma el 26 de noviembre de 2018 como se desprende del folio 64, en la que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la demandante.

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 04 de febrero de 1998 cuando suscribió el formulario de afiliación con PROTECCIÓN (fl.46) y a su posterior vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 47) el 17 de noviembre de 2006, a donde se encuentra actualmente afiliada.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien la parte actora el día el 04 de febrero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl.46), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o

que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo

reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quiénes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quiénes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (aquí PROTECCIÓN S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

³ *"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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

Nada de lo anterior demostró PROTECCIÓN S.A., entidad que asumió la afiliación al RAIS, ni la AFP PORVENIR a la cual se afilió con posterioridad, ya que las demandadas se limitaron a indicar que a ZAPATA BAHAMÓN se le brindó la información necesaria para trasladarse tanto de regímenes como de fondos, no obstante ninguna de las AFP demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019), si bien la demandante adujo en su interrogatorio de parte que conocía algunas características del RAIS, lo cierto es que solo hasta el año 2018 conoció de las consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la respectiva proyección, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En cuanto a la sanción del art. 271 de la Ley 100/93 que alega PORVENIR que le fue impuesta por el A quo, es de citar la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias SL 1688-2019, SL 1689-2019 y SL3464-2019, donde la CSJ precisó que: *"la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».* Por ende, cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para entender las consecuencias del traslado.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz y oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Tampoco es dable para La Sala el argumento de PORVENIR, de que como la demandante está inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es procedente declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la promotora del proceso entender y prever sus implicaciones con anterioridad, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Devolución por concepto de gastos de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como PORVENIR es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período.

Ahora, es de precisar que si bien la AFP PORVENIR no tuvo ninguna injerencia en el traslado al RAIS por cuanto no conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dio dicho traslado, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP PROTECCIÓN (fl. 46) entidad a la que le asistía la carga de probar que suministro información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta todas las posibles y sucesivas afiliaciones que la demandante hiciera con posterioridad dentro del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, PORVENIR debe asumir la responsabilidad de no haber verificado la legitimidad del traslado inicial, lo cual no obsta para que ella repita contra la AFP PROTECCIÓN, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

Suficientes los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PORVENIR. Fíjense en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para la recurrente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PORVENIR. Fíjense en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para la recurrente.

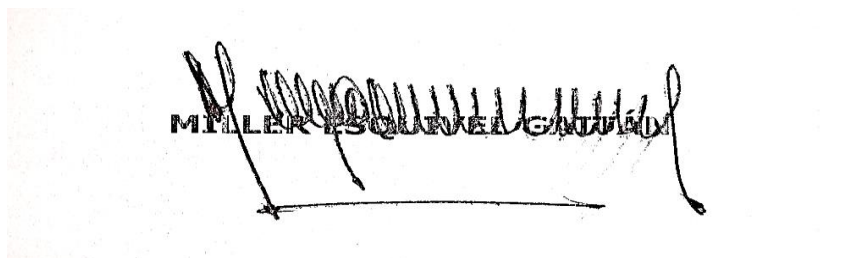
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN