



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BETHY ELIZABETH GONZALES MARTINEZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-007-2018-00658-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. BETHY ELIZABETH GONZALES MARTINEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare nulo el traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia del traslado de la demandante como aportes, rendimientos, intereses, bonos pensionales y gastos de administración; que se ordene a Colpensiones aceptar la afiliación de la demandante al RPMPD; que para la fecha de la sentencia si la demandante ha cumplido los requisitos se reconozca, liquide y ordene a pagar dicha pensión con la retroactividad correspondiente y finalmente que se condene a las demandadas a pagar los gastos, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que hasta el 31 de marzo de 1997 cotizó al RPMPD; que se trasladó con la AFP Porvenir para el 1 de abril de 1997; que dicha AFP omitió informarle de manera transparente, cierta, suficiente y oportuna sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes; que el 11 de julio de 2018 peticionó a Colpensiones y Porvenir S.A. el traslado de régimen y esta fue rechazada, y finalmente que la mesada pensional que más le favorece sería que le otorgarían en el RPMPD. (fols. 2 a 15).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 108 y 109); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación y se opuso a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error; o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que su vinculación con el RAIS se dio bajo todos los requisitos legales establecidos. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 63 a 79).

3.2 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que esta AFP le suministró toda la información requerida sobre las características y diferencias de ambos regímenes; que la demandante no solicitó el traslado al RPMPD administrado por el ISS confirmando su vocación de permanencia; que el contrato de vinculación no se encuentra afectado por ningún vicio que pudiera invalidarlo; que se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la demandante no manifestó su deseo de retractarse o devolverse al régimen de prima media; que ha permanecido por más de 22 años en el RAIS. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe, y compensación. (fols. 92 a 110).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de julio de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el capital ahorrado y los rendimientos financieros, además de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación debe ser libre y voluntaria, concepto desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral como el deber de información, mismo que debe ser transparente, y corresponde al suministro de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, para que el afiliado pueda tomar una decisión libre e informada; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de PORVENIR S.A. que se haya indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para la fecha del traslado; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos.

Que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que se devuelvan las cotizaciones, rendimiento, cuotas de administración y comisiones, junto con la indexación a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Manifestó que al momento de la solicitud de traslado al RPM elevado por la accionante en julio de 2018, contaba con 61 años de edad encontrándose en la prohibición prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; que antes de la expedición de la ley 1748 de 2014, las AFP cuentan únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar la afiliación libre, voluntaria y sin presiones, sin que para aquel entonces existiera norma alguna que exigiera requisito adicional a la suscripción del formulario; que si bien la información brindada por la AFP no pudo ser completa, ello no eximía a la accionante de documentarse sobre su futuro pensional, máxime si se trata de una persona con capacidad para celebrar actos jurídicos; que el traslado en esos términos, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, además de descapitalizar el régimen de prima media.

5.3 PORVENIR S.A.: Señala que la demandante es una persona capaz para celebrar actos jurídicos; que se le impone al fondo un hecho imposible de probar en el momento de la vinculación al RAIS; que no existía norma que dijera que el formulario de afiliación debía ir acompañado de documentos adicionales; que la jurisprudencia citada por el juzgado data de personas que se encontraban inmersas en una prohibición legal, es decir, a menos de 10 años de obtener un derecho pensional, situación que no acontece con la actora, ya que estaba a más de 20 años de pensionarse y no era beneficiaria del régimen de transición; que la accionante no hizo ningún esfuerzo probatorio; que se atenta contra la seguridad jurídica, ya que no existe ninguna transgresión legal al momento del traslado; que la demandante es abogada, con conocimiento de lo que estaba haciendo al momento del traslado; que no existió engaño; que los gastos de administración, al no existir mala fe, no es posible devolverlos por cuanto a la fecha se encuentran cubriendo los riesgos por invalidez y muerte; que no es procedente la indexación en tanto que se ordenó devolver los rendimientos.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque la decisión de instancia ya que no está demostrado que se haya inducido en error a la demandante, lo que denota que estuvo vinculada de manera libre y voluntaria; que en caso de confirmar la ineficacia no es procedente la devolución de los gastos de administración, ya que los mismos fueron descontados por disposición legal y cumplieron su finalidad.

7.2 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

7.3 Demandante: Solicita que se confirme la decisión de primer grado ya que no se demostró que la AFP haya brindado la información exigida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que aquella se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora BETHY ELIZABETH GONZALEZ MARTINEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 11 de mayo de 1978 y realizó aportes hasta el 01 de marzo de 1979 (fol. 123); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el 28 de febrero de 1997 (Fol.111), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fols. 112 a 118).

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 1 de marzo de 1979, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo ocurrencia el 28 de febrero de 1997, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están***", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 11 de mayo de 1978, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes 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.*** (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 11 de mayo de 1978, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 28 de febrero de 1997 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben

garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los

presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP PORVENIR S.A. con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se confirmará que la devolución se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre los conceptos de garantía de pensión mínima, gastos de administración y comisiones.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del

traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio del 2020, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, el porcentaje destinado al **fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra e indexado, **el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

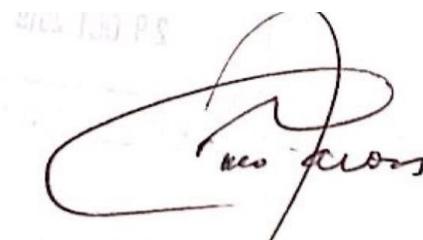
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OLGA LUCIA RAYO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-041-2021-00136-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS y MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES

1. DEMANDA. OLGA LUCIA RAYO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que, se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, y en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los gastos de administración; que se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, señaló que nació el 07 de diciembre de 1972; que inició sus aportes al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 1 de abril de 1995 hasta el 30 de junio de 1997; que el 1 de julio de 1997 se trasladó a PORVENIR S.A.; que la AFP PORVENIR S.A. no le suministró la información necesaria e integral para tomar una decisión libre e informada; que el 09 de marzo de 2020 solicitó a PORVENIR S.A. el traslado al RPMPD, sin obtener respuesta; que el 19 de mayo de 2020 solicitó

a COLPENSIONES la aceptación del traslado, pero le fue negado a través de respuesta del 21 de mayo de 2020. (*folios 1 a 9 Expediente Digital*).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 11); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. CONTESTACIONES

3.1. COLPENSIONES: Presentó contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas por la parte actora en su contra señalando que las pretensiones mencionadas no tienen prosperidad dado que el traslado realizado por la actora se efectuó de forma libre y voluntaria; que de conformidad con el material probatorio anexado es válida la afiliación de la demandante al RAIS; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para realizar traslado; que no obra soporte alguno en el expediente administrativo que demuestre el vicio en el consentimiento alegado. Porpuso como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad *sui generis* de las entidades de Seguridad Social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de constitucionalidad de sostenibilidad financiera, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL-373 de 2021, y la innominada o genérica. (*folios 1 a 31 archivo No 12*).

3.2. PORVENIR S.A.: Contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones contenidas en la demanda con fundamento en que la vinculación al RAIS es completamente válida, ya que se le suministró la información suficiente y necesaria para que puede tomar la decisión de trasladarse; que ha permanecido por más de 20 años afiliado en el RAIS, resultando improcedente la declaratoria de nulidad; que la demandante contaba con capacidad legal para decidir sobre el régimen pensional; que solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, esta en cabeza de las AFP la obligación de doble asesoría. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (*folios 1 a 26 archivo No 14*).

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: La instancia concluyó con sentencia del 8 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por OLGA LUCIA RAYO del RPMPD al RAIS: ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenar a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costa a Porvenir S.A. y Colpensiones.

La decisión del *a quo* estuvo fundamentada en el artículo 271 de la ley 90 de 1993, en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en el Decreto 720 de 1994 y en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones de radicado No 31989 de 2008, SL-9447 de 2017 SL 1452 de 2019 SL-1688 de 2019 SL-1689 de 2019, SL-4426 de 2019 y SL-3349 de 2021, entre otras.

Adujo que sí la administradora de fondos de pensiones no prestó la debida asesoría que le garantizara a la parte actora el ejercicio de la libertad para escoger su régimen pensional el traslado será ineficaz, que es deber de la administradora de fondos de pensiones de proveer al afiliado información clara y suficiente sobre el proceso de traslado y sus implicaciones, tanto beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias; que no se requiere que el afiliado haga parte del regimen de transicion; que la carga probatoria respecto del deber de información está en cabeza de la administradora de fondos de pensión, y en el caso particular PORVENIR S.A. debía probar que cumplió el deber de informar y asesorar a la demandante como requisito de validez para el acto de traslado de régimen pensional, siendo está una condición sine qua non para la validez del acto jurídico.

Consideró que PORVENIR S.A. no demostró que ofreció una asesoría e información objetiva, suficiente y clara a la parte actora en atención a su situación pensional sobre los efectos del traslado y, aunque se proporcionó un formulario diligenciado por la demandante sobre la materia, está prueba no es suficiente para acreditar el deber de información, ya que únicamente se acredita un consentimiento libre de vicios pero no informado.

Finalmente, decide que no es viable declarar la excepción de prescripción, pues el traslado está intrínsecamente vinculado con el derecho a la pensión, el cual tiene un carácter imprescriptible, declarando dicho medio exceptivo como no probado.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. COLPENSIONES. Solicita que no se condene a Colpensiones a recibir a la parte actora, ya que se estaría afectando gravemente al equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 del 2005; que debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB y en la reserva pensional que, día tras día, se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos; que en el evento de confirmar la ineficacia, solicita que se condene a la AFP incumplida en su deber legal de información, a que pague a favor de COLPENSIONES los perjuicios económicos que ello genera, además que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo y no asumir tal responsabilidad COLPENSIONES como tercero en el acto jurídico.

5.2. PORVENIR S.A.: Manifiesta que no es procedente la ineficacia del traslado de régimen efectuado a PORVENIR en el año 1997, ya que la demandante firmó voluntariamente y sin presiones el formulario de afiliación y se acogió a las condiciones del RAIS; que para el momento en que se realizó el traslado, no existía una obligación legal de la AFP de brindar, custodiar o de guardar algún tipo de información que se le hubiera brindado a la demandante al momento de su traslado; que la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las condiciones de afiliación al RAIS, nació al ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010, y así fue establecido en el concepto con radicación 2017-056668-001 del 12 de junio de 2017 por la Superintendencia Financiera; que la AFP cumplió con todas sus obligaciones para el momento en que se efectuó el traslado de régimen; que ordenar la devolución de los conceptos de rendimientos y gastos de administración, es desproporcionada, teniendo en cuenta que estos conceptos fueron descontados por parte de PORVENIR en cumplimiento de un deber legal, establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que se dio una buena administración a los aportes, los cuales se ven reflejados en los rendimientos que produjo la cuenta de ahorro individual, por lo que la devolución de estos conceptos es desproporcionada.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente devolver los gastos de administración y comisiones, ya que estos cumplieron su finalidad de asegurar el riesgo al afiliado, además se hizo una buena gestión; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que debe tenerse en cuenta el Concepto de la Superintendencia Financiera al respecto de la imposibilidad de devolver los gastos de administración.

6.2 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora OLGA LUCIA RAYO, se afilió al entonces ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de abril de 1995 hasta el 30 de junio de 1997 tal como consta en la historia laboral aportada por Colpensiones (*fol. 11 a 12 archivo No 01*) y que posteriormente se trasladó a Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A. el 16 de junio de 1997, conforme la solicitud de vinculación (*folio 55 archivo No 14*), donde se encuentra actualmente, conforme el reporte SIAFP (*folios 416 y 417 Expediente Digital*), y la historia laboral de cotizaciones (*folios 426 a 443 Expediente Digital*).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de**

la documentación así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria, además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivocan las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se confirmará que la devolución de los conceptos se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre el concepto de gastos de administración, comisiones y descuentos por concepto de garantía de pensión mínima.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Finalmente, es menester indicar que respecto de la apelación elevada por COLPENSIONES en materia del condicionamiento de la sentencia, esta no sería procedente, dado que los eventuales derechos prestacionales del afiliado no pueden quedar condicionados al cumplimiento de una orden judicial que deben cumplir la AFP y en todo caso COLPENSIONES puede perseguir por la vía ejecutiva el traslado de tales aportes ante la AFP.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

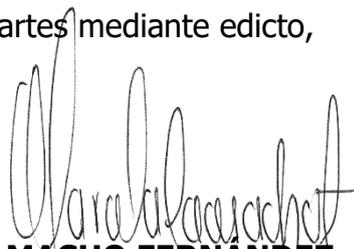
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 08 de marzo del 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante la vigencia de la afiliación en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

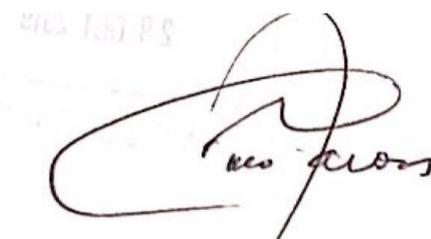
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

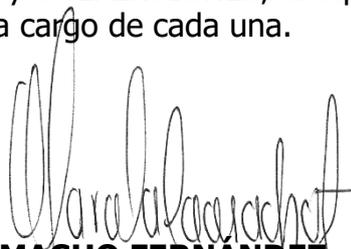


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUAN RAFAEL RESTREPO VÉLEZ Y OTROS.
Demandada: FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS- FEDEGAN Y OTROS.
Radicado No.: 110013105-038-2019-00061-02
Tema: REINTEGRO- APELACIÓN

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JUAN FERNANDO CARDONA MEJIA, JUAN RAFAEL RESTREPO VELEZ, MILDRETH CECILIA ARIZA OBANDO, NOHORA ALEJANDRA SALAS BORBÓN, SANTIAGO MAURICIO REYES SIGHINOLFI, WILLIAM JOSÉ FUENTES RIVERA, y WILLIAM JOSÉ BALLESTEROS SOLANO instauraron demanda ordinaria contra la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN, FONDO NACIONAL DEL GANADO, FIDUAGRARIA S.A., y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, con el propósito de que se declare la ilicitud, invalidez, nulidad o ineficacia de los despidos de los demandantes, como quiera que la causal invocada como justa causa para terminar los contratos de trabajo es inexistente y obedeció a manifiesto abuso del poder y desviación de motivos, en consecuencia, ordenar al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, el reintegro o reubicación laboral de los accionantes al nuevo FNG que actualmente administra FIDUAGRARIA S.A. y no está en liquidación por ser material y físicamente posible; ordenar el pago de salarios y prestaciones sociales como si los despidos no hubieran ocurrido, y la correspondiente indemnización moratoria; condenar al pago de las indemnización o compensaciones que en aplicación de los principios extra y ultra petita resulten procedentes, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que se encontraban vinculados a través de contratos a término indefinido con el Fondo Nacional del Ganado –FNG, en los siguientes lapsos:

NOMBRE	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	CARGO	SALARIO	AFILIACIÓN SINDICATO
JUAN FERNANDO CARDONA MEJIA	26/11/2007	31/08/2016	PROFESIONAL III	\$3.328.000	29/12/2015
JUAN RAFAEL RESTREPO VELEZ	18/01/1999	30/06/2016	PROFESIONAL III	\$5.088.000	29/12/2015
MILDRETH CECILIA ARIZA OBANDO	17/05/2006	30/06/2016	ADMINISTRATIVO II	\$1.677.000	29/12/2015

NOHORA ALEJANDRA SALAS BORBÓN	02/07/2013	30/06/2016	PROFESIONAL III	\$5.088.000	29/12/2015
SANTIAGO MAURICIO REYES SIGHINOLFI	24/01/2005	30/06/2016	PROFESIONAL III	\$5.088.000	29/12/2015
WILLIAM JOSÉ FUENTES RIVERA	13/06/2006	31/08/2016	COORDINADOR DEL ÁREA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA	\$8.963.000	29/12/2015
WILLIAM JOSÉ BALLESTEROS SOLANO	13/01/2006	29/07/2006	COORDINADOR GRUPO DE SERVICIOS GENERALES	\$5.305.000	29/12/2015

Relatan que el Fondo Nacional del Ganado- FNG, es una cuenta sin personería jurídica de naturaleza pública, regido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien celebra contratos fiduciarios para su administración y operación; que el 4 de enero de 2016 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural comunicó a los empleados al servicio del FNG que asumía directamente la administración; que el 29 de diciembre de 2015 se constituyó el Sindicato de Trabajadores del Fondo Nacional del Ganado- ASOFNG; que presentaron pliego de peticiones, pero el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural desatendió sus pedidos; que la Superintendencia de Sociedades adoptó el auto No 400-008393 de mayo de 2016, mediante la cual ordenó la liquidación del FNG y se advirtió que se daban por terminados los contratos de trabajo; que el 14 de marzo de 2016 se radicó ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la junta directiva del FNG y Fiduagraria S.A., la insistencia a iniciar la negociación colectiva; que el 18 de marzo de 2016, nuevamente se insistió en la necesidad jurídica de iniciar la negociación colectiva; que el 28 de marzo de 2016 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural niega su calidad de empleador de los trabajadores al servicio del FNG, sin embargo, el liquidador del Fondo Nacional del Ganado, remite oficio al sindicato ASOFNG, informando que procedería a conminar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para instalar la negociación colectiva; que mediante Decreto 946 del 10 de junio de 2016 se ordenó la continuidad del recaudo e inversión de los recursos parafiscales ganaderos, en otras palabras la continuidad del Fondo Nacional del Ganado; que durante el año 2016 el agente liquidador despidió a los demandantes a ciencia y conciencia de que era ilegal por quebrantar la garantía de fuero sindical, mostrando absoluto desprecio por la institución protectora del derecho fundamental de asociación sindical; que seguidamente el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contrató para la administración del "nuevo FNG" a FIDUAGRARIA S.A.; que entre julio y agosto de 2016 hubo despidos colectivos respecto de los trabajadores del FNG sin que mediara autoridad competente; que el 08 de octubre de 2016 se radicó ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural derecho de petición o reclamación directa, pero les fue negado a través de respuesta del 19 de diciembre de 2018, bajo el argumento de no existir relación de subordinación ni los elementos de una relación laboral que los vincule con el Ministerio; que el 04 de enero de 2019 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural encargó de la administración fiduciaria del Fondo de Contribuciones Parafiscales del Gremio Ganadero a FEDEGAN. (fol. 1 a 17).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 158); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que la terminación de los contratos de trabajo se dio por causa legal en cumplimiento del auto No 400-008393 del 25 de mayo de 2016 emitido por la Superintendencia de Sociedades que dispuso que la declaración de apertura del proceso de liquidación del

Fondo Nacional del Ganado, produce la terminación de los contratos de trabajo, sin que se requiera autorización administrativa y judicial, además que el ente ministerial no fue ni es empleador de los demandantes, ya que aquellos suscribieron contratos de trabajo con el Fondo Nacional del Ganado y prestaban sus servicios en la dirección donde funcionada esa entidad. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia del fuero circunstancial, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la innominada o genérica. (fols. 163 a 176).

3.2 FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS- FEDEGAN. Al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que la causal alegada por el liquidador del Fondo Nacional del Ganado está contemplada en el artículo 61 del CST, literal e) y ordenada por la autoridad judicial o Superintendencia de Sociedades, además que al momento de la finalización del contrato no tenían vigente ninguna garantía foral. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de vinculación contractual directa o indirecta con FEDEGAN, carencia de legitimidad por pasiva, carencia de justas causas y título para pedir, inexistencia de fundamento de hecho que permita aplicar norma de derecho alguno, inexistencia de derecho legalmente protegible, inexistencia de fuero circunstancial, inexistencia de los fueros sindicales, existencia de justa causa de terminación del contrato individual de trabajo de los demandantes, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, prescripción y la genérica (fols. 31 a 50 cuaderno No 2).

3.3 FONDO NACIONAL DEL GANADO. Al dar respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que no ha tenido vínculo jurídico con los demandantes, ya que jamás fungió como empleador de ellos, y que la persona jurídica que intervino en la relación jurídica fue FEDEGAN, quien en su condición de administrador celebró los contratos de trabajo con los demandantes y canceló sus salarios y acreencias laborales con recursos de la "contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero" de que trata la ley 89 de 1993, a través de la cuenta especial "Fondo Nacional del Ganado en liquidación por adjudicación", además que en la actualidad FEDEGAN continua siendo el administrador de los recursos provenientes de la cuota del fomento ganadero y lechero, en virtud del contrato de administración No 20190001 del 04 de enero de 2019, de allí que sea FEDEGAN el titular de las obligaciones reclamadas. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del vínculo laboral, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, carencia del derecho reclamado, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, y la genérica. (fols. 177 a 202).

3.3 FIDUAGRARIA S.A.. Al dar respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que su objeto social es la realización de negocios fiduciarios, por que actuó como administrador del encargo fiduciario de la cuenta nacional de carne y leche hasta el 03 de enero de 2019, fecha en la que se procedió a la entrega de los asuntos a FEDEGAN en calidad de administrados de las cuotas de fomento ganadero y lechero; que Fiduagraria S.A. no cuenta con capacidad jurídica para hacerse parte dentro del presente proceso, ya que los negocios fiduciarios que están bajo su administración solo fueron hasta el 3 de enero de 2019; que Fiduagraria S.A. no fungió como empleadora de los demandantes, ya que su único rol fue el de administrador fiduciario, sin que existiera en ningún momento la disposición del derecho o administración directa del encargo fiduciario objeto de análisis. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo frente a la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – FIDUAGRARIA, inexistencia de la obligación – nadie está obligado a lo imposible, y la innominada. (fols. 285 a 301).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2021, en la que el fallador de instancia absolvió a la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN, FONDO NACIONAL DEL GANADO en liquidación, y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por los demandantes, gravándolos en costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, manifestó que en el marco de las relaciones de trabajo, se entendió que el Fondo Nacional del Ganado tenía la capacidad de vincular trabajadores a pesar de ser una cuenta, regidos por el CST y vinculados por quien en su momento administraba la cuenta entre el Ministerio y Fedegan, además que como administradora podía comprometer los recursos correspondientes.

Manifestó que se entendió al Fondo Nacional del Ganado como si se tratara de un patrimonio de remanentes, el cual podía realizar operaciones con cargo a su presupuesto, y el objetivo era que el personal dedicado a esas actividades, ostentaría la condición de trabajador directo del Fondo Nacional del Ganado, siendo este el empleador, al punto de que la Superintendencia de Sociedades le da el tratamiento como si se tratara de una persona jurídica, disolviéndola y liquidándola en el marco de la Ley 1116 de 2006. Afirmó que conforme el numeral 5, del artículo 50 de la ley 1116 de 2006, establece los efectos de la apertura de los procesos de liquidación, en la que se determina la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente pago de las indemnizaciones, sin que sea necesario la solicitud de autorización administrativa o judicial.

Dijo que resulta evidente que los vínculos contractuales se dieron con el Fondo Nacional del Ganado, administrado por FEDEGAN, o por quienes la hayan reemplazado a lo largo de su existencia y con ocasión de su liquidación, se parte de la premisa de que la condición de empleador no puede estar radicada en la FEDEGAN, al margen de que los recursos del fondo fueran destinados para financiera los gastos administrativos de la operación respectiva, tan es así que se le dio ese tratamiento por la Superintendencia de Sociedades de cara a la liquidación y terminación de los contratos de trabajo, por lo que las desvinculaciones se ajustaron en un todo al ordenamiento legal, y no hay lugar a acceder al reintegro y sus consecuencias.

Respecto al fuero circunstancial, se advierte que obra una comunicación del 4 de marzo de 2016 en donde se presenta un pliego ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y la respuesta del 11 de marzo de 2016, es decir, que la presentación del pliego no se verifica ante el empleador, en la medida en que no se aduce que fuera el Ministerio como empleador. Tampoco se evidencia que el Ministerio haya sido administrador para la fecha de presentación del pliego, y de haberse presentado ante FEDEGAN, no podría afirmarse que las desvinculación comportaran un despido desprovisto de justificación, ya que esa decisión no obedecía a una maniobra caprichosa, sino a salvaguardar el patrimonio del deudor, aunado a que no podría reprochársele al empleador, representado por el liquidador del FNG, alguna conducta irregular, ya que en el marco del proceso de liquidación pierde su objeto el fuero circunstancial.

Que reclaman el reintegro al Fondo Nacional del Ganado, pero como si se tratara el empleador el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, lo cual es abiertamente inconsistente, ya que no pudieran ostentar un vínculo con el Ministerio en calidad de servidores públicos.

Que la confusión respecto a quien ostentó la condición de empleador, puede devenir de los mismos contratos suscritos por el Ministerio y Fedegan, en punto a sus cláusulas, como la que determina que FEDEGAN no podrá autorizar aumentos salariales para sus empleados que comprometan la cuota de fomento, salvo autorización expresa de la junta

directiva del Fondo Nacional del Ganado, de lo se puede deducir que FEDEGAN no lo podía hacer con trabajadores que no fueran sus propios trabajadores, igualmente, que FEDEGAN no fue vinculada al proceso como empleador. (Cd. archivo No 06).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1 LA PARTE DEMANDANTE manifiesta que se utilizó la frase que no operó la voluntad omnímoda del empleador, sin embargo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural si actuó como empleador; que la Superintendencia de Sociedades requirió a FEDEGAN para que aclarara la restructuración de pasivos y eso no se pudo dar por que el Ministro de Agricultura no quiso, y no autorizó presentar las aclaraciones, y en ese sentido, las consecuencias de no aclarar la restructuración es la liquidación; que se dice que el Fondo Nacional del Ganado es parecido a un empleador, lo cual es errada, ya que la ley no autoriza analogías en este punto, pues el contrato de trabajo se da entre persona natural y jurídica o persona natural, y el Fondo Nacional del Ganado no puede ser el empleador al no tener personería jurídica, tan es así que no se pudo presentar el pliego de peticiones; que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural puede celebrar contratos de trabajo bajo el principio de realidad, ya que el manifestó que asume y ejerce subordinación de los trabajadores del Fondo Nacional del Ganado; que antes de que se ordenara la liquidación se había constituido el sindicato y se había presentado el pliego de peticiones; que la petición del 4 de marzo de 2016 y una respuesta del 11 de marzo de 2016, no es suficiente para evadir la negociación por parte del Ministerio, máxime que ejerció desde el 4 de enero de 2016 como empleador; que el Ministerio ordenó la operación paralela del Fondo Nacional del Ganado; que según el juez dice que el verdadero empleador era FEDEGAN, pero ello queda desvirtuada con la carta del 4 de enero de 2016, ya que el Ministerio administró directamente el Fondo Nacional del Ganado; que FEDEGAN no despidió a los trabajadores, de tal manera que FEDEGAN no se podía demandar; que el empleador no se acabó, y el Fondo Nacional del Ganado tampoco; que se debe privilegiar el principio de la realidad; que hay un contrato vigente entre el Ministerio y Fedegan y continuó el Fondo Nacional del Ganado, por ende el reintegro es posible; que igualmente se recurre la condena en costas, ya que son muy altas.

4.2 FEDEGAN. Manifiesta que también debe condenarse en costas a favor de FEDEGAN, ya que tuvo que destinar recursos para su representación judicial.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Fedegan: Solicita que las costas también se impongán a favor de FEDEGAN dado que desplegó actos procesales en defensa de sus intereses, como acudir a las audiencias e interponer recursos.

5.2 Demandante: En la oportunidad legal reafirma lo dicho en el recurso de alzada, tendiente a pretender la declaratoria del contrato de trabajo de los demandantes con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien ejerció subordinación y por ende debe ser considerado el empleador; que la condena en costas es desproporcionada.

5.3 Fondo Nacional del Ganado: Solicitó que se confirme la decisión absolutoria de primer grado, precisando que no existe irregularidad en la finalización de los contratos de trabajo, dado que cumplió a cabalidad con el auto emitido por la Superintendencia de Sociedades.

5.4 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: Solicita que se confirme la decisión de instancia, además que no está en cabeza del ente ministerial el reintegro o las supuestas acreencias laborales impagas, ya que no fungió como empleador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y FEDEGAN se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿El empleador de los demandantes lo fue el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural?
- ✓ En caso positivo: ¿Hay lugar al reintegro, bien porque el Fondo Nacional del Ganado subsiste a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según su postura, ora porque se encuentran amparados por el fuero circunstancial para la época de la terminación del contrato?

Contrato de trabajo- empleador

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de febrero de 2021, SL462-2021, radicación 81104, al referirse al artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, en la que asienta que:

"si bien el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como «aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración», lo que podría llevar a colegir que la parte empleadora debe ser necesariamente una persona jurídica, no puede pasarse por alto que para la época de expedición del estatuto del trabajo, la figura jurídica de los consorcios y uniones temporales no existía.

Desde esa data hasta la actualidad, el mundo laboral ha transitado por importantes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas. Hoy existen nuevos sujetos y organizaciones empresariales que actúan como verdaderos empleadores, como ocurre con los consorcios y uniones temporales, los cuales bajo una lectura textualista y exegética del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo no son empleadores a pesar de que en la práctica ejercen un poder de dirección y control del trabajo.

Aquí vale la pena recordar que el Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que «el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades» (CSJ SL4360-2019), de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores".

Así entonces, de conformidad con lo anterior, de entrada el recurso de alzada no tiene vocación de prosperidad, ya que se basa esencialmente en que debía ser considerado el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como empleador, dado que el Fondo Nacional del Ganado al no ser persona jurídica no podía serlo, además de que manifiesta que la administración del Fondo Nacional del Ganado para el 4 de enero de 2016 lo asumió el ente Ministerial, y por ello, según su postura se presentó una sustitución patronal.

Al respecto, debe decirse que desde lo documentado en el proceso se puede extraer como empleador al Fondo Nacional del Ganado, tal como se constata con los contratos a término indefinido que militan a folios 214 a 227 del cuaderno 1, en los que se registra como su empleador. Asimismo, las terminaciones de los contratos de trabajo fueron realizadas por el liquidador del Fondo Nacional del Ganado, asignado por la Superintendencia de Sociedades, y haciendo uso de las facultades establecidas en el auto No 400-006393 del 26 de mayo de 2016 que habilitó al liquidador a finalizar los contratos de trabajo sin previa autorización administrativa o judicial, facultad que se encuentra reglada en el artículo 50, numeral 5° de la Ley 1116 de 2006, y finalmente, la liquidación definitiva de prestaciones las realizó el Fondo Nacional del Ganado en liquidación por adjudicación (Fols. 22, 27, 32, 37, 42, 48, y 51), lo que lleva a la Sala a considerar que el empleador de los demandantes lo fue el Fondo Nacional del Ganado y no el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como lo pretenden.

Ahora, para entender un poco el papel del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en relación con el Fondo Nacional del Ganado, así como la relación de la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN, debe la Sala traer a colación la providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Radicación No 11001-03-06-000-2008-00057-00 (1919)) del 4 de septiembre de 2008, en la que llega a las siguientes conclusiones:

*"El Fondo Nacional del Ganado –FNG-, es una **cuenta especial**, sin personería jurídica, creada por el artículo 3 de la Ley 89 de 1993, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal establecida en la misma ley: la cuota de fomento ganadero y lechero. De esta manera, El FNG no puede ser considerado en términos generales y, según el sentido natural y obvio de la palabra, una entidad, como quiera que no goza de personería jurídica.*

Ahora, si bien el FNG fue creado por la Ley 89 de 1993, y los recursos que lo componen, en su carácter de contribuciones parafiscales, son públicos, esa norma no estableció que el Fondo fuera una entidad pública, tal como se explicó en el punto 2 de este concepto. Tampoco puede ser una entidad privada, ya que su naturaleza y regulación legal no encuadra dentro de las formas establecidas por la Constitución y la ley para el ejercicio del derecho de asociación o la libre iniciativa privada.

5.2. *De esta manera, los bienes adquiridos con los recursos parafiscales que integran el FNG no forman parte de un patrimonio privado ni pertenecen al Estado, son bienes parafiscales que por disposición constitucional y legal tienen una especial afectación. Las funciones de recaudo, destino y administración de la cuenta especial Fondo Nacional del Ganado y de los bienes que lo conforman emanan de la ley, y en tal sentido, sólo pueden ser modificadas por ésta.*

La circunstancia de que el artículo 9 de la Ley 89 de 1993 disponga a favor del "Gobierno Nacional" la destinación de los bienes al momento de la liquidación del FNG, no significa que sus recursos hagan parte del presupuesto nacional, ni que los bienes de los cuales es titular sean de la Nación.

*En efecto, ha quedado establecido que el FNG constituye un fondo afecto a una finalidad específica y, por lo mismo, si se decreta su liquidación, sus **bienes** (entre los que se encontrarían acciones o participaciones de los que fuere titular) deben destinarse a cubrir los pasivos que con la operación del Fondo se constituyeron. Claramente se aprecia que sólo ante la eventualidad de una liquidación, hecho futuro e incierto, los bienes remanentes del FNG quedarían a "disposición del*

Gobierno Nacional”; a contrario sensu, antes de que se decrete la liquidación del FNG, todos los bienes hacen parte del Fondo Nacional del Ganado, es decir, el Fondo es su titular como bienes parafiscales que son, y en modo alguno el Gobierno Nacional.

5.4. Lo anterior en nada cambia por el hecho de que las contribuciones parafiscales sean recursos públicos de régimen especial. La ley misma determina su sistema de administración, pero ello no convierte a su administrador en entidad pública, como tampoco la cuenta especial que se crea con las contribuciones parafiscales tiene el carácter de entidad pública. Ciertamente, como se estableció en el punto 2 de este concepto, la cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado, no es un organismo, entidad o dependencia del Estado”.

Conforme los basamentos legales y jurisprudenciales que anteceden, como quiera que el Fondo Nacional del Ganado se creó para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal establecida en la misma ley, es decir, para el manejo de la cuota de fomento ganadero y lechero, considera la Sala que en línea de principio el hecho de que no tenga personería jurídica o que no sea entidad pública o privada no descarta que pueda fungir como empleador, ya que de una u otra manera para ejercer sus funciones o materializar su objeto (artículo 4 Ley 89 de 1993) debía contar con talento humano, cuestión diferente es que la administración del Fondo Nacional del Ganado debía hacerse a través de la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN conforme lo establece el artículo 7º ejusdem, y por ello la razón de ser del contrato No 026-2004 celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y FEDEGAN para la administración de las cuotas de Fomento Ganadero y Lechero (Fols. 244 a 246) el cual mantuvo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015 (Fol. 63), lo que connota una cuestión adicional, y es que, en estricto sentido al ser FEDEGAN el administrador del Fondo Nacional del Ganado, debía aquella entidad fungir como empleador para el cumplimiento de la administración de las cuotas de Fomento Ganadero y Lechero que en si constituyen el Fondo Nacional del Ganado y no como aconteció con los actores, quienes desde el punto de vista documental se extrae que su empleador fue el Fondo Nacional del Ganado, a pesar de que quien ejercía la representación legal del Fondo Nacional del Ganado es el representante legal de FEDEGAN de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 89 de 1993 y numeral 6º del artículo 40 del Decreto 2150 de 1995; sin embargo, tal análisis se escapa de la órbita de lo que debe decidir esta Sala en punto al recurso de alzada, e incluso en la manera como está encaminada la demanda, dado que se insiste por parte de la parte activa que el empleador fue el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Y es que, no puede fungir el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como empleador de los actores, ya que su participación solo se contrae a la suscripción del contrato de administración con la agremiación del sector ganadero bovino y bufalino de carne y leche que cumpla con los criterios de representatividad nacional y organización y estructura democrática (Fol. 233) para que realice la administración, recaudo final e inversión de las cuotas de fomento ganadero y lechero, y al estar de por medio recursos parafiscales del sector ganadero y lechero, hace parte de las políticas y programas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pero en modo alguno puede pensarse que el ente ministerial actué en calidad de empleador frente a quienes hayan sido contratados bien sea por el Fondo Nacional del Ganado o por FEDEGAN, máxime que en la estructura de empleados del Ministerio citado, sus servidores públicos ostentan la calidad de empleados públicos de conformidad con el Decreto 1985 de 2013.

Ahora, refiere el apoderado judicial que desde el 4 de enero de 2016 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ejerció como empleador con actos de subordinación, dado

que en esa fecha asumió la administración del Fondo Nacional del Ganado, conforme se evidencia de la documental de folio 63; no obstante, considera la Sala que tal documento tiene como asunto "terminación del contrato de administración 026 de 2004", es decir, está dando a conocer que el contrato de administración que se había suscrito con FEDEGAN para la administración del Fondo Nacional del Ganado había finalizado el 31 de diciembre de 2015, y por ende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 2537 del 2015, debía directamente el Ministerio asumir temporalmente "el recaudo, administración e inversión, de la cuota parafiscal" creada por la ley 89 de 1993, el cual lo hizo a través de un encargo fiduciario con Fiduagraria S.A., y en tanto, se venía efectuando la liquidación por adjudicación del Fondo Nacional del Ganado administrado hasta el 31 de diciembre de 2015 por FEDEGAN, en la que de conformidad con el auto No 400-010328, la Superintendencia de Sociedades lo consideró como un patrimonio autónomo "que se alimenta de las contribuciones parafiscales creadas por la Ley 89 de 1993" y por ello es "sujeto de reorganización" (Fol. 80).

Además, debe tenerse en cuenta que el numeral 2 del artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 de 2015, establece que por razones especiales puede asumir de manera temporal la administración de las contribuciones parafiscales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entre otras, cuando "el Fondo sea o haya sido admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006", lo que aconteció en el sub lite, sin que se entienda que los trabajadores contratados por el Fondo Nacional del Ganado pasen a ser trabajadores del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pues una cosa es asumir la administración de unas cuentas o recursos parafiscales, el cual lo hizo a través de una entidad fiduciaria, y otra muy diferente es pretender que existió un cambio de empleador como lo entienden los demandantes, máxime cuando tal asunción temporal viene dada por la liquidación del Fondo Nacional del Ganado que estaba en proceso de liquidación y de la cual se extrae documentalmente fue el empleador de los demandantes, incluso, nótese que la función del Ministerio es temporal y la misma normatividad referida le obliga a que "en cualquiera de los eventos (...) el Ministerio realizará la administración a través de un encargo fiduciario", lo que descarta del todo la existencia de subordinación por parte del Ministerio frente a los demandantes, menos aun cuando ninguna prueba se endereza en ese horizonte, ya que no puede sostenerse que por el solo hecho de que se continúe con el recaudo de los recursos parafiscales debía darse la continuidad de la relación laboral de los actores con quien haya asumido la administración de tales recursos, pues la vinculación y permanencia de los actores al servicio de su empleador Fondo Nacional del Ganado, estaba ceñida para el año 2015 y 2016 a los resultados del proceso de reorganización, que finalmente finalizó con la liquidación por adjudicación (Fols. 141 a 145), en la que la Superintendencia de Sociedades establece que "la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente cálculo de las indemnizaciones a favor de los trabajadores", y que fue lo que efectivamente aconteció con cada uno de los aquí demandantes en las siguientes fechas:

NOMBRE	TERMINACIÓN CONTRATO
JUAN FERNANDO CARDONA MEJIA	31/08/2016
JUAN RAFAEL RESTREPO VELEZ	30/06/2016
MILDRETH CECILIA ARIZA OBANDO	30/06/2016
NOHORA ALEJANDRA SALAS BORBÓN	30/06/2016
SANTIAGO MAURICIO REYES SIGHINOLFI	30/06/2016
WILLIAM JOSÉ FUENTES RIVERA	31/08/2016
WILLIAM JOSÉ BALLESTEROS SOLANO	29/07/2006

Bajo todo lo anteriormente dicho, de ninguna manera puede dársele prosperidad a la alzada, en asumir que el empleador fue el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y que por el hecho de que subsistan las cuotas de fomento ganadero y lechero como

recursos parafiscales en la que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe contratar su administración con una entidad o agremiación del sector ganadero bovino y bufalino de carne y leche que cumpla con los criterios de representatividad nacional y organización y estructura democrática (Fol. 233), lleve a asumir que la relación laboral con el liquidado Fondo Nacional del Ganado se extendió con las entidades que con posterioridad al 01 de enero de 2016 asumieron la administración de los recursos parafiscales o cuotas de Fomento Ganadero y Lechero, pues de ser así, no tendría ningún efecto jurídico la liquidación ordenada por la Superintendencia de Sociedades frente al Fondo Nacional del Ganado, además que esta Sala no podría desconocer tal determinación, menos cuando la parte actora solo se limita a sustentar sus pedimentos en un documento datado el 4 de enero de 2016 en la que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por disposición legal asumió de manera temporal la administración de los recursos parafiscales, más no las relaciones laborales que durante la vigencia del contrato de administración 026 de 2004 que se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015, tuvieron los actores con el Fondo Nacional del Ganado.

Igualmente, alude la parte activa que hay lugar al reintegro en la medida en que estaban amparados por el fuero circunstancial al haber presentado un pliego de peticiones, ante lo cual, la Sala considera que el mencionado fuero es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide **al empleador** despedir al trabajador aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

En el sub lite, nótese que las pretensiones del libelo genitor estar referidas única y exclusivamente a petitionar el reintegro, asumiendo que el empleador es el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y por ello fue que presentaron el 04 de marzo de 2016 ante la cartera Ministerial el pliego de peticiones (Fol. 65); no obstante, como quedó ampliamente dilucidado, no puede asumirse ni tampoco se demostró que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural haya ejercido como empleador de los actores, además porque si bien el 4 de enero de 2016 asumió temporalmente "el recaudo, administración e inversión, de la cuota parafiscal" lo hizo a través de un encargo fiduciario con Fiduagraria S.A., por así disponerlo el numeral 2 del artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 de 2015, sin que ello constituya la existencia de un cambio de empleador como lo pretende la parte demandante, pues su empleador se encontraba en proceso de liquidación por adjudicación.

Finalmente, en lo que respecta a que existe un contrato vigente entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y FEDEGAN, y que el Fondo Nacional del Ganado sigue existiendo, acota la Sala que a folios 228 a 243, obra contrato entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y FEDEGAN, pero no se establece la continuidad del Fondo Nacional del Ganado, sino que se hace relación a que de conformidad con pronunciamientos de la Corte Constitucional debía contratarse directamente la administración de las cuotas de fomento ganadero y lechero con una agremiación del sector ganadero, siendo FEDEGAN la única agremiación a nivel nacional que cumple con los requisitos allí exigidos, además de indicar respecto al tema laboral que "El personal que se requiere para la ejecución de las actividades inherentes al cumplimiento del presente contrato, laborará bajo la exclusiva responsabilidad de FEDEGAN, la cual será obligada y hará los pagos por concepto de salarios, indemnizaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos", es decir, contrario a lo que aconteció con el contrato de administración 026 de 2004 en la que el empleador podía ser el Fondo Nacional del Ganado o FEDEGAN, en el último se asume que el empleador tiene que ser FEDEGAN, lo

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

que de contera también descarta cualquier relación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como empleador en el lapso de vigencia de las relaciones laborales de los actores.

Colofón de todo lo expuesto, se confirmará la sentencia en su integridad

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de los demandantes y a favor de cada una de las demandadas, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se deben adicionar también a favor de FEDEGAN, ya que fue vinculada como litisconsorcio por pasiva y resultó ser parte absuelta en el proceso, por lo que al ser los demandantes vencidos en el proceso deben también reconocer costas a favor de FEDEGAN, quien además ejerció defensa de sus intereses a través de apoderado judicial. En lo relacionado al monto de las costas, acota la Sala que de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 del CGP, no es la oportunidad procesal para controvertirlas.

DECISIÓN

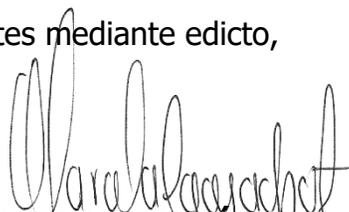
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN, FONDO NACIONAL DEL GANADO en liquidación por adjudicación, y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, y a cargo de los demandantes. Las de primera se deben modificar incluyendo a FEDEGAN.

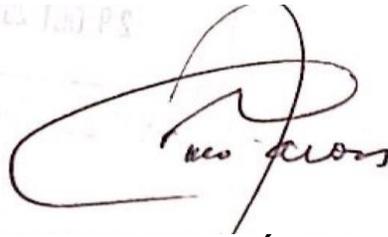
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor de FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN, FONDO NACIONAL DEL GANADO en liquidación por adjudicación, y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, y a cargo de cada uno de los demandantes, fijándose como agencias en derecho la suma de \$100.000, por cada demandante y a favor de cada una de las entidades demandadas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada