



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MELBA PINTO GUALDRÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-034-2018-00027-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MELBA PINTO GUALDRÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los dineros y sus rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, sin que haga descuentos alguno por gastos de administración; de manera subsidiaria, que se condene a PORVENIR S.A. a realizar el pago de la diferencia económica que sufrirá la mesada pensional, esto es, la suma de \$5.833.046, a partir del momento en que se cause el derecho al reconocimiento y pago de la mesada pensional, como consecuencia del error a que fue inducida al momento del traslado, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 7 de agosto de 1961; que se vinculó al RPMPD desde el 27 de septiembre de 1979 hasta el 30 de diciembre de 1995; que en septiembre de 1995 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que el 1 de febrero de 1998 se trasladó a PORVENIR S.A.; que COLFONDOS S.A. omitió informarle de manera transparente, cierta, suficiente y oportuna sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes; que el 03 de mayo de 2016 radicó ante PORVENIR S.A. derecho de petición solicitando información sobre su traslado de régimen, la cual le fue respondida el 05 de mayo de 2016, informándole que la entidad creó una estrategia que busca notificar a los afiliados sobre la posibilidad de trasladarse de régimen a quienes les falte más de 10 años para pensionarse, pero que no aplica para la actora, ya que para la fecha de implementación de la estrategia estaba a menos de 10 años para adquirir la pensión; que la mesada pensional en Colpensiones ascendería a \$ 7.229.046, mientras que en el RAIS sería de \$1.396.000. (fols. 56 a 80 y 83 a 86).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 131); 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 la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, debido a que declaró su consentimiento informado al suscribir de manera voluntaria el formulario de afiliación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado en cualquier tiempo, ya que no cuenta con 15 años de cotizaciones al 1 de abril de 1994; que la obligación de brindar asesoría solo se implementó hasta el año 2014, por lo que para la fecha de traslado, acontecido en el año de 1995, la AFP COLFONDOS S.A. no tenía la obligación de brindar información detallada; que Colpensiones no debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de la AFP del RAIS. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica. (Fols. 134 a 146).

3.2 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente contestó la demanda presentando oposición a la totalidad de las pretensiones con fundamento en que es COLFONDOS S.A. quien debe desvirtuar las pretensiones de la demanda, es decir, demostrar que brindó la asesoría, mientras ello no acontece, la afiliación de la actora en el RAIS es válida y por ende, no existe prosperidad de las pretensiones incoadas en contra de PORVENIR S.A.; que no hay lugar a devolver los gastos de administración, ya que son conceptos descontados por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además que también se descuentan en el régimen de prima media con prestación definida; que no existe prueba del presunto daño causado, ni de la acción imputable a Porvenir S.A.. Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, ausencia de responsabilidad atribuible a Porvenir S.A., buena fe, y la innominada o genérica. (fols. 169 a 179).

3.3 COLFONDOS S.A. Presentó oposición a las pretensiones, afirmando que el traslado de la demandante obedeció al ejercicio de la autonomía de la voluntad, y fue de manera libre, espontánea, informada y sin presiones; que Colfondos S.A. capacita a sus asesores comerciales de manera profesional, con el fin de que puedan transmitir la información completa y suficiente a los afiliados. Como excepciones de fondo propuso las que denominó validez de la afiliación al RAIS con Colfondos S.A., buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., y la innominada o genérica. (fols. 117 a 122).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y los tenga como semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a las demandadas Colfondo S.A. y Porvenir S.A..

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia las AFP deben garantizar al momento del

traslado de régimen que existió una decisión informada y que está fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente escogiera el régimen al cual quería pertenecer; que tal información debe ser objetivamente verificable en el entendido de que aquel debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios; que no existe una manifestación libre y voluntaria simplemente al plasmarse la firma en un formulario.

En el caso concreto, consideró que en el traslado que efectuó la actora a la AFP COLFONDOS S.A y posteriormente, a la AFP PORVENIR S.A., solo se presentó el formulario de afiliación, el cual carece de absoluta ilustración respecto de la condiciones, beneficios y consecuencias del traslado de régimen, observando así una falta directa al deber de información de las entidades administradoras de fondos de pensiones.

Igualmente, verificó la existencia de vicios del consentimiento, encontrando que, al no haberse realizado por parte de los fondos privados proyección alguna de la mesada pensional, ni haberse ofrecido los medios suficientes que le permitieran reafirmar su decisión de cara al traslado, resultaba nulo el traslado realizado al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. como última entidad administradora donde se encuentra afiliada, que devuelva las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado a COLPENSIONES.

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

5.1 COLPENSIONES.: Manifestó que debe revocarse en su totalidad la sentencia, ya que el deber de suministrar información detallada fue creado por la Ley 1478 de 2014 que modificó el artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, por tanto, en el año 1995 fecha en la cual la demandante se trasladó, no se exigía a los fondos brindarle información detallada al momento del traslado, siendo solo suficiente el consentimiento contenido en el formato de afiliación; que a la demandante no se le está negando el derecho de acceder a una pensión de vejez, pues al cumplir con los requisitos establecidos en la Ley, le puede ser reconocido el derecho en el régimen de ahorro individual; que su inconformidad únicamente versa sobre el monto de la pensión de vejez que va adquirir en el RAIS; que debe tenerse en cuenta el impacto que este tipo de decisiones, ya que pueden generar afectación en la estabilidad financiera del sistema; que debe tenerse en cuenta la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, tal como se desprende de la sentencia C- 062 del 2010.

5.2 PORVENIR S.A.: Señala que sí se brindó asesoría a la demandante, tanto por PORVENIR S.A, como por parte de COLFONDOS, por cuanto existen dos formularios de vinculación suscritos por la demandante que no fueron tachados de falsos y que cumplen con los requisitos legales exigidos para la época; que la demandante es una persona plenamente capaz y como tal, debía asumir las consecuencias de los actos jurídicos que celebra; que para la época del traslado la única exigencia era el formulario de vinculación, sin exigir soportes adicionales y mucho menos proyecciones pensionales; que la obligación de entregar proyecciones solo surgió a partir del año 2014 con la Ley 1748; que la seguridad social siempre es objeto de amplia difusión por los medios de comunicación para que todos los ciudadanos estén enterados, luego, cualquier error de haberse presentado en este caso sería un error de derecho y en virtud del artículo 1516 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que no existe prueba de que en el presente caso los asesores de las

AFP hayan ejercido fuerza o hayan actuado de forma dolosa, para lograr el traslado de la demandante; en síntesis, manifestó que el traslado de régimen es un acto plenamente válido que cumplió con todos los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, como capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Colpensiones. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la demandante se encontraba en la prohibición legal de traslado, asimismo que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema, pues esta clase de procesos descapitaliza el sistema general de pensiones; que de manera subsidiaria, se ordene que la AFP devuelva todos los conceptos de manera indexada.

7.2 Porvenir S.A.. Manifiesta que se reafirma en los mismos argumentos que planteó en la apelación.

7.3 Demandante. Peticiona que se confirme la decisión de primer grado, ya que no se cumplió con el deber de información que establece las sentencias de 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 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, 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 la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿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 MELBA PINTO GUALDRÓN, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 27 de septiembre de 1979 y realizó aportes hasta el 21 de enero de 1994 (fol. 147); que suscribió formulario de afiliación con la AFP COLFONDOS S.A. el 30 de agosto de 1995 (Fol. 202); que el 01 de septiembre de 1997 se trasladó a PORVENIR S.A. (Fols. 186), entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fols. 33 a 39).

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 21 de enero de 1994, 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 COLFONDOS S.A. que tuvo ocurrencia el 30 de agosto de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala 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 multifiliación.

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 27 de septiembre de 1979, 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 27 de septiembre de 1979, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 30 de agosto de 1995 a la AFP COLFONDOS 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 1º 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 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 1995- 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 el 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 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 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, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido 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 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 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"*, tesitura 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".

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de agosto de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, 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 la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla 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).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada 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 gastos de administración y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Además, que la condena no se hizo extensiva a COLFONDOS S.A.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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 como lo afirma las AFP del RAIS 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 de la afiliada, 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

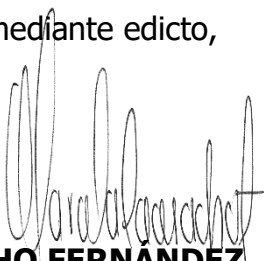
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que se declara la INEFICACIA del traslado y no la NULIDAD, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A., se extienda a la AFP COLFONDOS S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada 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, y gastos de administración, 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.

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

CUARTO: 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



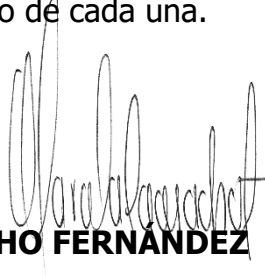
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la 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: *JESÚS ALEXANDER CÁCERES CORTÉS*
DEMANDADO: *EAAB S.A. ESP*
RADICACIÓN: *110013105-031-2019-00702-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *CONVENCIÓN COLECTIVA – MODALIDAD CONTRACTUAL*

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JESÚS ALEXANDER CÁCERES CORTÉS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP a declarar que el contrato suscrito el 02 de enero del 2013 pactado a término fijo, junto con sus adiciones, en realidad es a término indefinido, conforme a la Convención Colectiva, artículos 57 y 58, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre la EAAB ESP y “SINTRAEMSDDES” se celebró el 24 de noviembre de 2015 una convención colectiva; que el artículo 57 de la Convención Colectiva estipula que con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores todos los contratos que se suscriban entre la empresa y sus trabajadores serán celebrados a término indefinido; que el artículo 58 de la misma convención establece que podía contratar trabajadores a término fijo, en eventos de realización de una obra o labor determinada, para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, o para reemplazar a personal en vacaciones o en licencia; que el actor se vinculó a la demandada mediante contrato a término fijo desde el 2 de enero de 2013 hasta el 1 de julio de 2013, para desempeñar el cargo de Profesional Nivel 22; que mediante memorando del 27 de junio de 2013 le fue prorrogado el contrato hasta el 31 de diciembre de 2013; que el contrato se fue prorrogando sucesivamente mediante memorandos del 1 de noviembre de 2013, 5 de junio de 2014, 22 de diciembre de 2014, y 29 de mayo de 2015, con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2015; que celebró un nuevo contrato a término fijo entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, para desempeñar el mismo cargo y en el mismo nivel del contrato anterior; que el 27 de diciembre de 2016 se insertó otro sí prorrogando el contrato hasta el 31 de diciembre de 2017; que el 7 de noviembre de 2017 se celebró otro sí prorrogando el contrato hasta el 31 de diciembre de 2018; que el 18 de diciembre de 2018 se celebró otro sí prorrogando el contrato hasta el 31 de diciembre de 2019.

Señala que ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019, esto es, por espacio de más de 6 años;

que ha obtenido calificaciones sobresalientes en las distintas evaluaciones de desempeño laboral; que nunca ha reemplazado a otro en vacaciones o licencia, ni tampoco su trabajo es ocasional o transitorio, o que constituya una obra o labor determinada; que se encuentra afiliado a la organización sindical SINTREMSDES y le es aplicable la convención colectiva de trabajo; que se encuentra vinculado a través de contrato a término indefinido y por ello no está sujeto a participar en el concurso de méritos a que hace alusión la convención colectiva; que el concurso fue establecido para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de la convención; que el 03 de septiembre de 2019 presentó reclamación administrativa, la cual fue resuelta de manera negativa el 02 de octubre de 2019; que la empresa abrió concurso para proveer el cargo del actor, sometiéndole a participar en dicho concurso. (Fols. 1 a 14).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 77); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de EAAB ESP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que debe imperar el principio de interpretación jurídica que indica que donde la norma es clara no le es dable al interprete darle un alcance diferente, ello en la medida en que el actor pretende que se le dé un alcance que no corresponde a una norma convencional; que el actor busca deslegitimar, defraudar la CCT, ya que en últimas solicita que se avale jurisdiccionalmente que no presente concurso de méritos para que se le contrate a término indefinido. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, y la genérica (Fols. 80 a 112).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que el contrato de trabajo a término fijo que suscribió el 2 de diciembre de 2015 el señor JESÚS ALEXANDER CÁCERES CORTÉS en calidad de trabajador y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP en calidad de empleador realmente es a término indefinido; y condenó en costas a la demandada.

Empezó por considerar que el derecho de asociación está consagrado como un derecho fundamental el cual se encuentra íntimamente ligado al derecho de negociación colectiva, los cuales hacen parte de los Convenios 98 y 87 de la OIT.

Seguidamente expresó que entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB – ESP y la ORGANIZACIÓN SINDICAL SINTRAEMSDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ se celebró una Convención Colectiva 2015-2019, la cual se encuentra con la respectiva constancia de depósito.

Refirió, que el demandante era afiliado a la Organización Sindical SINTRAEMSDES, y que de los desprendibles de nómina se constatan los descuentos para dos sindicatos, para Sintraemsdes y para Sintraserpucol, por ende, era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2015-2019 suscrita con dicha organización sindical.

Adujo que la controversia gravitaba en torno a la interpretación de los artículos 49, 50, y 51 convencionales, para lo cual señaló que era claro que los trabajadores vinculados con contrato a término fijo que vencían el 30 de noviembre de 2015, se les prorrogaría el mismo por 13 meses desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 31

de diciembre de 2016, y en adelante se prorrogarían automáticamente conforme lo establecido en el capítulo de formalización laboral de la mencionada convención.

Al remitirse la *a quo*, a dicho capítulo revisó los artículo 57 y 58, indicando que al realizar el análisis de la totalidad de la convención colectiva como lo solicitó la parte demandada, no podía desconocerse que el mismo artículo 51 establecía un plazo para la vinculación por contrato de trabajo a término fijo por un periodo de 13 meses, y a partir de ese momento debían realizarse los procesos de formalización laboral, por lo que debía dársele aplicación en principio al concurso de méritos, el cual debía convocarse inmediatamente se venció el plazo (31/12/2016); no obstante, este solo se abrió con Resolución 0081 del 29 de enero de 2019, por lo que se debía aplicar lo que disponía la misma convención, esto es, lo pregonado en los artículo 57 y 58, que establecían las circunstancias especiales en las cuales se podía contratar laboralmente a término fijo.

Concluyó que, al verificar las pruebas documentales el demandante no se encontraba inmerso en ninguna de las situaciones establecidas en el artículo 58 de la convención, porque el actor siempre ha desempeñado el mismo cargo "Profesional Nivel 22" de la División Operaciones Comerciales, mediante dos contratos de trabajo, el primero del 2 de enero de 2013 al 30 de noviembre de 2015, y el segundo en aplicación de los dispuesto en el artículo 51 de la Convención del 02 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, y que este, se convirtió en contrato a término indefinido desde el 1º de enero de 2017 y hasta la fecha, porque dentro del plazo pactado en la convención no se convocó a concurso y porque no se encuentra inmerso en la excepciones plasmadas en el artículo 58, esto es, que la labor fue ocasional o transitoria, o para cubrir una licencia o vacaciones. (fls. 228 a 229 con Cd de audiencia).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por la parte **demandada**, quien manifiesta que debe ser revocada, ello con sustento en que no había discusión frente a la aplicación de la convención colectiva ni respecto de que el demandante era beneficiario de la misma, sino respecto de que no se analizó el artículo 54 de la convención colectiva donde se estableció la evaluación de la eficiencia, y puntualmente lo correspondiente a la fase de transición que duraría 5 años desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020; que no por el hecho de que la convocatoria a concurso se hubiese realizado en enero 2019, y no en 2016, la consecuencia era que los contratos de trabajo pasaran a término indefinido, ya que, los concursos se están realizando y hay que darle preponderancia a lo pactado con la Organización Sindical.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 EAAB ESP. Solicita que se revoque la decisión de instancia, y se siga el precedente que se ha tomado en otros despachos judiciales sobre el tema, esto es, absolviendo a la entidad demandada.

6.2 Demandante. Solicita que se acojan todas y cada una de las pretensiones, declarando que el contrato que liga al actor con la demandada es a término indefinido.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada 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.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer, ¿De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB ESP y "SINTRAEMSDDES", la relación que une a las partes es bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo o indefinido?

Existencia de contrato de trabajo

No existe controversia en cuanto a que el actor prestó sus servicios para la empresa demandada desde el 02 de enero de 2013 bajo la modalidad de contrato a término fijo, prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2015 (Fols. 35 a 41); que con posterioridad se suscribió otro contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de diciembre de 2015 (Fol. 42 a 46), vigente a la presentación de la demanda, ocupando el cargo de Profesional Nivel 22, lo cual es aceptado por la empresa accionada al contestar la demanda y se corrobora con la documental referida anteriormente.

Valor probatorio convenciones colectivas

Al respecto debemos remitirnos al art. 469 CST el cual establece que *"La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de estos requisitos la convención no produce ningún efecto"*.

Frente al valor probatorio que se debe dar a las convenciones colectivas la CSJ en sentencia SL 1322-2019 señaló que no es posible exigir que se alleguen en copia auténtica, pues esto contraría el art. 54A del CPTSS, norma que dispone que los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos; sin embargo, afirma que esto no es excusa para no incorporarse con la respectiva nota de depósito en término ante el Ministerio de Trabajo, al tratarse de un requisito *sine qua non* previsto en el art. 469 del CST.

Al revisar la convención colectiva de trabajo allegada en el expediente digital, encuentra la Sala que aparece con el correspondiente sello de depósito (Fol. 1 a 104 archivo Convención Colectiva CD folio 226), por tanto, puede ser valorada tal y como lo hizo la falladora de primera instancia.

Modalidad contractual Convención Colectiva

Es necesario precisar que tal y como lo aceptan las partes, el demandante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el sindicato y la empresa demandada, aunado a que obra desprendible de nómina (Fol. 49) en la que se evidencia el respectivo descuento de cuota sindical a favor de SINTRAEMSDDES, siendo el punto neural la modalidad contractual que liga a las partes.

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario remitirnos a al texto convencional (Fols. 33 a 35 archivo convención colectiva) en la cual se señaló lo siguiente:

Artículo 57. CLASE DE CONTRATO. Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido.

La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios de escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entiéndase como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (...)

Artículo 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO. La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

(...)

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento"

Aquí, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos”.

Igualmente, para efectos de desatar la alzada sea menester traer los discurrecimientos vertidos en la sentencia SL351-2018, reiterada en la SL2816-2019, respecto a la valoración del contenido de los textos convencionales, a saber:

*“La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, **entendido como un todo, su lectura integral y uniforme**, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, **la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al Juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas**”.* (Negrilla fuera del texto)

Ello así, de entrada se debe decir que la razón no está del lado de la a quo, pues en línea de principio de la lectura desprevenida de los artículos 57 y 58 Convencional se puede colegir que en efecto la entidad demandada limitó la contratación de los trabajadores a través de la modalidad a término fijo, pues se puede establecer con meridiana claridad que por regla general la vinculación se realizará a través de contratos de duración indefinida y excepcionalmente, solo para las causales del artículo 58 se puede acudir a la contratación a término fijo, en ese orden, se itera, de la lectura desprevenida y fraccionada que propone el actor podría pensarse que conforme el cargo para la cual fue contratado no era posible su vinculación a través de contrato a término fijo; no obstante, siguiendo los derroteros jurisprudenciales, debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 57, inciso segundo expresa que: *“La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios de escalafón”*, apartado que necesariamente remite a otros artículos del texto convencional, en especial a lo dispuesto en el capítulo VI referido al régimen de transición, en el que se establece que las partes *“acuerdan crear un régimen de transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través del concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB- ESP”*

Seguidamente el artículo 51 establece que: *“La EAB ESP y SINTRAEMSDES” acuerdan que:*

“Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos

comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial (...) Estos contratos se prorrogaran automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente convención"

Lo anterior para decir que, no es objeto de controversia y quedó evidenciado de la prueba documental que el último vínculo laboral que une a las partes, es el que se suscribió desde el 02 de diciembre de 2015, con su otro sí y prorrogas que mantienen aún al actor en el desempeño de su cargo como Profesional Nivel 22, y en la que, efectivamente se trata de un cargo que inicialmente fue de la planta temporal y que luego pasó a ser parte de la planta definitiva, en la cual, la entidad demandada en estricto apego al acuerdo colectivo, mediante "otro sí" ha venido prorrogando el vínculo laboral al señalar que: *"teniendo en cuenta que existe la necesidad de mantener la presente contratación laboral, en virtud y en cumplimiento de los artículos 38 y 51 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRAEMSDES, (...) acuerdan PRORROGAR el vínculo laboral hasta el 31 de diciembre de 2018"* (Fol. 45)

En ese sentido, si bien es cierto la regla general es la vinculación y contratación a través de contrato de trabajo a término indefinido, lo cierto es que, en el contexto del clausulado convencional entendido como un "todo" debe tenerse en cuenta que el vínculo del actor con la entidad demandada fue inicialmente en un cargo de la planta provisional, y así se logra extraer de la última prórroga que finalizó el 30 de noviembre de 2015, en los siguientes términos *"de manera atenta le informo que por decisión de la Administración y la Junta Directiva de la EAB-ESP, se amplió hasta el 31 de diciembre de 2015, la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la Empresa"* (Fol. 41).

Se precisa que a través del Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 (Fol. 1 a 8 archivo Acuerdo – Cd – fol. 226), se amplió la planta de personal de la EAB-ESP, pasando los cargos que venían en la planta provisional a la planta definitiva, todo ello *"en el marco de los acuerdos de las mesas de negociación de las convenciones colectivas SINTRASERPUCOL y SINTRAEMSDES constituidas en Comité de Desarrollo Humano y Empresarial - CODHE se aprobó la creación de plantas a término indefinido siguiendo lo establecido en la Resolución No. 273 de 2010"*, y por esa razón conforme el artículo 38 de la Convención Colectiva, *"la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos"*, a lo anterior se suma que en el referido acuerdo se encuentra el cargo de Profesional nivel 22 que ocupaba el actor antes del 30 de noviembre de 2015, lo que explica porque el contrato de trabajo inicialmente pactado en la planta provisional finalizó el 30 de diciembre de 2015 y se suscribió otro a partir del 02 de diciembre de 2015 en la planta definitiva, pero bajo la modalidad de contrato a término fijo, pues de conformidad con el artículo 57 de la Convención Colectiva, la empresa se comprometió a vincular a los trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido **"previo concurso de mérito con los criterios de escalafón"**.

De otro lado, no puede dejarse de lado que el artículo 51 convencional, habilitó al empleador para realizar la vinculación a través de contrato a término fijo durante el tránsito entre la planta provisional y la planta definitiva, ya que se enuncia que los

contratos de la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015, y que las partes acuerdan que a partir del 01 de diciembre de 2015 los trabajadores serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la planta oficial definitiva por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, y que tales contratos se prorrogaran de manera automática "conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo".

Lo anterior aconteció con el actor, pues su contrato con la planta transitoria finalizó el 30 de noviembre de 2015 e inició otro el 02 de diciembre de 2015 en la planta definitiva, siendo que continuó con el mismo cargo de Profesional Nivel 22, precisamente porque tal cargo pasó de ser transitorio a definitivo en la planta de personal, de conformidad con el Acuerdo 24 de 2015 y acorde a lo establecido en el artículo 38 convencional.

Igualmente debe tenerse en cuenta el artículo 49 de la Convención Colectiva que establece un régimen de transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco años que van desde el 01 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre del 2020, *"para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP"*, norma que reafirma lo que posteriormente se consagra en el artículo 57 convencional referido a que la empresa se compromete a vincular a los trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido **"previo concurso de mérito"**. Asimismo, aducir que al trabajador no le es aplicable tal cláusula, conllevaría a desconocer el régimen de transición, pues claramente hace alusión a facilitar la vinculación mediante contratos a término indefinido previo concurso de méritos durante el lapso de cinco años, el cual comenzó desde el 01 de diciembre de 2015, fecha en la que pasaron los cargos transitorios a definitivos en la planta de personal de la demandada, y por ello, para efectos de que un trabajador pudiera ser vinculado mediante contrato a término indefinido debía superar el concurso de méritos que la entidad se obligó a realizar en el transcurso de ese régimen de transición, y mientras ello ocurría, quienes a partir del 01 de diciembre de 2015 ingresaran a la entidad, se vinculaban a través de contrato a término fijo en virtud de lo establecido en el artículo 51 de la Convención Colectiva, como aconteció en el sub examine.

Consideró la a quo que de conformidad con el artículo 51 de la Convención, se permitía la contratación a término fijo con sus prórrogas desde el 02 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, pero como no se realizó o convocó a concurso de méritos vencida esa fecha, el contrato mutó a término indefinido desde el 1º de enero de 2017 y hasta la fecha, además porque no se encuentra inmerso en la excepciones plasmadas en el artículo 58 convencional, interpretación que a juicio de la Sala no puede ser acogida, dado que ninguna cláusula convencional permite colegir que llegado al 31 de diciembre de 2016 y sin que se haya realizado el concurso de méritos, los contratos de trabajado de quienes venían laborando a término fijo pasen a ser a término indefinido, además tal consideración iría en contravía con lo dispuesto en el artículo 49 convencional que establece el régimen de transición *"para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos"* por espacio de cinco años que van desde el 01 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre del 2020, precisando la Sala que en lo que tiene que ver con el concurso de méritos, su convocatoria, suspensiones o vigencia, es un tema que escapa de la órbita de esta judicatura.

Colofón de lo hasta aquí expuesto, para que el contrato del actor mute de duración fija a indefinida necesariamente se debe superar el concurso de méritos, y allí sí, se daría aplicación al inciso segundo del artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Igualmente, considera la Sala que la prohibición del artículo 58 referida a que *"En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los específicos para cada evento"*, debe entenderse en relación con los cargos de la planta definitiva no sometidos al concurso de méritos, es decir de los cargos que antes del Acuerdo 24 de 2015 hacían parte de la planta definitiva, ya que entender que a partir del 01 de diciembre de 2015 la entidad no podía celebrar contratos a término fijo en los términos del artículo 58, es desconocer lo establecido en el artículo 51 convencional y de pasó el régimen de transición con la cual se pretende formalizar el vínculo laboral a término indefinido previo el concurso de méritos.

Ahora, respecto al tema de la unidad contractual o la existencia de una relación laboral, acota la Sala que la entidad demandada se ciñó estrictamente a lo convenido convencionalmente, pues de conformidad con el artículo 49 y 51 de la CCT se estableció un régimen de transición que inició el 1 de diciembre de 2015, e igualmente hizo alusión a los contratos que venía surtiéndose antes de esa fecha, estableciendo que los contratos vencen *"el 30 de noviembre de 2015"*, y por ende, en el caso concreto, el contrato celebrado el 02 de enero de 2013 fue prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2015, y con posterioridad, en virtud del régimen de transición se volvió a vincular al actor a partir del 02 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, por así disponerlo el artículo 51, pues la regla general de contratación a término indefinido está supeditada a la superación del concurso de méritos, tal como lo establece el artículo 57 convencional.

Ahora, esgrime el apoderado judicial de la activa en el transcurso del proceso, que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, ya que en su sentir debía aplicarse el artículo 57 y 58, sin tener en cuenta el régimen de transición, ante lo cual, sobre el tema ha dicho la jurisprudencia que: *"dicho postulado es un método de aplicación normativa, el cual, junto con los principios de jerarquía, competencia, cronología y especialidad, busca eliminar las antinomias presentadas, cuando, al pretenderse subsumir los hechos del caso concreto a un supuesto normativo, resultan dos disposiciones aplicables, evento en el cual, se preferirá las más favorable al trabajador, con la condición, que se encuentren vigentes (sentencia de casación CSJ SL047-2019)*, lo que no se configura en el sub examine, dado que no estamos frente a dos disposiciones aplicables, y si lo referido es que se deje de lado el capítulo VI y se aplique el artículo 57 y 58 Convencional, debe decir la Sala que sería tanto como salirse del *"marco de interpretación razonable"*, y caer en interpretaciones *"irrazonables y desproporcionadas"*, a la luz de las providencias atrás citadas.

Sirva todo lo anterior para concluir que fueron equivocadas las consideraciones que al respecto hizo la a quo y que dieron lugar a declarar que el contrato de trabajo mutó a término indefinido, para en su lugar, de conformidad con las consideraciones vertidas, considerar que no son procedentes las pretensiones esgrimidas en el libelo genitor, pues de la interpretación del texto convencional no se puede dar por acreditado que el contrato de trabajo que ligó a las partes lo fue a término indefinido, y en ese orden, no queda otra disyuntiva que revocar la decisión de instancia con la absolución de la entidad demandada.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada EAAB ESP, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrá a cargo del demandante. Tásense.

DECISIÓN

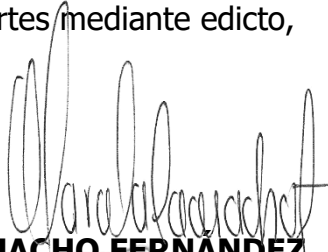
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de febrero del 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual declaró que el contrato de trabajo suscrito el 02 de diciembre de 2015 realmente es a término indefinido, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación, y en consecuencia, **ABSOLVER** a EAAB ESP, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por JESÚS ALEXANDER CÁCERES CORTES, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la EAAB ESP y a cargo de JESÚS ALEXANDER CÁCERES CORTES. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

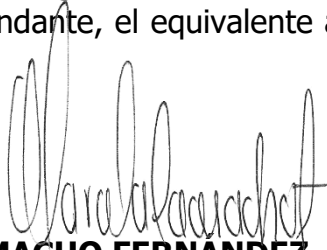


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Salva de voto)

*-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 fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada EAAB ESP y a cargo del demandante, el equivalente a 1/4 del SMMLV, esto es, la suma de \$ 250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada