



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiunos (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 012 2019 00655 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Joaquín Fernando Martínez del Rio Petricioli
contra Administradora Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad, ineficacia o falta de requisitos del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante Colfondos



S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; se le mantenga activo al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y se ordene a las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. la devolución a Colpensiones de todos los valores aportes o cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con todos los frutos e intereses que recibieron durante su afiliación.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 21 de abril de 1957, que se vinculó al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1995 hasta el año 1997 cuando se trasladó a la AFP Colfondos S.A. por intermedio de una de sus asesoras quien le indicó que el régimen de ahorro individual le sería más beneficioso que el régimen de prima media con prestación definida, y que posteriormente bajo el mismo argumento, en el año 1999 a la AFP Davivir, hoy AFP Protección S.A., y en el año 2008 se trasladó a la AFP ING Pensiones y Cesantías S.A., hoy AFP Protección S.A.

Sostuvo que ni el Instituto de Seguros Sociales, ni las AFP Davivir, ING y Colfondos no le suministraron una información clara, concreta, real, seria, concisa y detallada del mejor plan de pensión y las consecuencias del traslado de régimen, así como de los beneficios e inconvenientes de trasladarse o permanecer en el fondo privado, del derecho a que tenía de retornar al régimen de prima media antes de que le faltasen 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión, ni de que la conformación de su núcleo familiar tendría incidencia en el cálculo de su mesada pensional.

Indicó que las AFP Davivir, ING y Colfondos le indicaron que por el traslado al fondo privado se iba a mejorar el monto y quantum pensional, que podría pensionarse a cualquier edad; pero que no le dieron una capacitación adecuada



en la que le proporcionarían una información veraz y certera al momento de suscribir el formulario.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones¹ argumentó que el demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones y que por esa razón es válida su afiliación a las AFP Colfondos y Protección S.A.. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías² se allanó a las pretensiones de la demanda.

Por su parte la AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar en esencia, que de acuerdo con el formulario de afiliación suscrito por el demandante se establece que su traslado se realizó de forma libre y espontánea, y que por tal razón se está ante un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual realizada el 1° de febrero de 1997 a través de Colfondos, declaró válidamente afiliado al demandante Colpensiones y condenó, de un lado, a la AFP Protección S.A. a

¹ Cfr fls 58 a 63.

² Cfr fl 73.



devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos y los costos cobrados por concepto de gastos de administración; y de otra parte, condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de gastos de administración con motivo de la afiliación del demandante.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas AFP Protección S.A. y Colfondos S.A.interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Protección S.A. solicita se revoque la decisión de primer grado relativa a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, en tanto que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 y que n en ambos regímenes.

Solicita en tal sentido, se tenga en cuenta que dentro del expediente obra el certificado de los rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante, en la que se demuestra que por los buenos manejos se generaron rendimientos y que los mismos fueron trasladados posteriormente con ocasión a la nueva afiliación a la AFP Porvenir; motivo por el que su representada tiene derecho a conservarlos en virtud de las restituciones mutuas.

Señala que ordenar la devolución de tales sumas constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir unos valores que ni siquiera se destinan a financiar la pensión del demandante, máxime cuando se esta ordenando el traslado de los rendimientos financieros que se generaron como consecuencia de la buena gestión de su representada.



Agrega que para los asuntos de ineficacia la Superintendencia Financiera ha determinado que se debe tener en cuenta lo que establece el Decreto 3995 de 2008 en su artículo 7°, esto es, los valores que se deben trasladar en los casos de traslado de régimen, respetando la destinación de los aportes pensionales para la buena gestión y administración realizada por los fondos privados.

Asu turno la apoderada de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías recurre la decisión de primer grado en cuanto a la condena impuesta por gastos de administración y comisiones, así como las agencias en derecho fijadas.

En primer término señala que los gastos de administración en su momento fueron descontados pro mandato legal conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para el provecho y beneficio del demandante, teniendo en cuenta que se invirtieron sus recursos para que se generaran unos rendimientos financieros, y además estuvo asegurado frente a los riesgos de la invalidez y la muerte.

De otra parte indicó que las agencias en derecho fijadas son exorbitantes teniendo en cuenta que la actividad desplegada por el apoderado de la parte demandante, no fue otra más que realizar las notificaciones en tanto que las audiencias se efectuaron por medios virtuales, y que por esa razón no se denota mayor esfuerzo teniendo en cuenta la clase y naturaleza del proceso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación de los Fondos de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sean de recibo los planteamientos expuestos por los recurrentes.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, tal como lo señaló el servidor judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado debió dar a conocer al demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.



Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrino que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Colfondos a partir del mes de febrero de 1997, y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Colfondos S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con



ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, en lo que respecta al monto fijado por concepto de agencias en derecho, corresponde advertir que al tenor de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 366 del C.G.P. no es esta la oportunidad procesal para abordar su estudio.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

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

RESUELVE

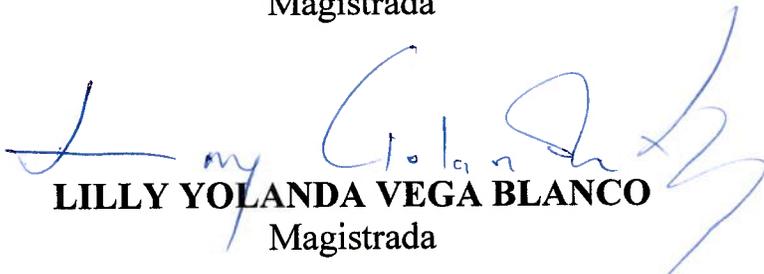
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Solo voto por el



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503820170011101. Proceso Ordinario de Laura Milena Díaz Zuluaga contra Oscar Andrés Aristizabal Quintero. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

LAURA MILENA DÍAZ ZULUAGA convocó a OSCAR ANDRÉS ARISTIZABAL QUINTERO, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: cesantías e intereses, indemnización moratoria, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por terminación del contrato por discapacidad del trabajador, indemnización por accidente de trabajo por culpa patronal, perjuicios, aportes a seguridad social y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:



Laboró para el demandado quien es propietario de la empresa Daga Regalías, mediante contrato verbal desde el 1 de abril de 2014 hasta el 15 de octubre de 2016, cumpliendo funciones en ventas, auxiliar y surtido de estanterías del almacén ubicado en la calle 13 N° 15-61 Local 240 y 241, y en la calle 13 N° 2-42 del edificio Lorenzo Cuellar, en jornada de lunes a sábado de 8:00 am a 6:00 pm, devengando un salario de \$800.000 hasta el 15 de junio de 2016 y la suma de \$1.500.000 desde el 16 de junio de 2016 hasta el 15 de octubre de 2016.

El 26 de septiembre de 2016, después de laborar, se dirige a la Clínica La Colina por urgencias debido a fuertes dolores pélvicos, donde le indican de su estado de embarazo e incapacitan por cinco días, expuesta a riesgos laborales de salud ocupacional por estado de embarazo. El 4 de octubre de 2016 inició su jornada laboral habitual atendiendo clientes y trasladando cajas para surtir el negocio donde laboraba, presentando nuevamente dolores pélvicos y sangrado, por lo que acudió nuevamente a urgencias de la clínica La Colina, donde le dieron indicaciones de salud ocupacional y le diagnosticaron amenaza de aborto, pese a las indicaciones de riesgo laboral nuevamente fue a laborar el 8 de octubre de 2016.

El 15 de octubre de 2016 el empleador ordenó al administrador, Juan Sebastián Muñoz, que la despidiera por falta de rendimiento laboral; el 1 de noviembre de 2016 y debido a dolores pélvicos acude nuevamente a urgencias a la Clínica Country e inicia tratamiento, no obstante, ingresa nuevamente el día 2 de noviembre a dicha clínica y el día 3 de noviembre se conceptuó aborto retenido por lo que se le otorgó 14 días de incapacidad, considerando que fue culpa del empleador por haber incumplido las incapacidades y medidas de salud ocupacional que causaron el accidente de trabajo, así como tampoco se le canceló por aquél durante la vigencia del contrato salario básico, no la afilió al sistema de seguridad social integral y no le canceló primas de servicio, cesantías e intereses, vacaciones, entre otros. Por lo realizó reclamación a su empleador a



finales de octubre de 2016 de sus prestaciones y acreencias laborales, las cuales no han sido canceladas.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 21 de abril de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, el convocado por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto a los hechos los negó; propuso las excepciones de mérito de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad, mala fe, inexistencia del contrato y prescripción.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 18 de septiembre de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo el impugnante que no se tuvo en cuenta la presunción del contrato de trabajo, cuando del acervo probatorio se establece que Juan Sebastián Muñoz era el Administrador del establecimiento de comercio Daga Regalías, de propiedad del demandado, en el cual la actora ejerció funciones en los cargos de ventas y auxiliar de almacén, recibiendo órdenes del demandado.

Indicó que existe nexo causal entre el actuar desplegado por el empleador y las consecuencias que la demandante tuvo en su integridad física, al no cumplirse



las normas mínimas en cuanto a salud ocupacional y seguridad industrial para evitar la ocurrencia del accidente de trabajo.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

La acreditación de la prestación personal del servicio constituye el elemento fundante para presumir la existencia del contrato de trabajo, pero no plena prueba de aquél, ya *“que las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal”* <<Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005>>, precisamente porque lo que consagran las presunciones son la transformación de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla, pues son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a veces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen el instrumento a través del cual ejercen su derecho de acción y contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a



consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.

La prestación del servicio que exige el artículo 23 del ordenamiento positivo como elemento esencial del contrato de trabajo, es la personal -intuitu personae- que sólo es atributo de las personas naturales por existir en el espacio físico y del cual carecen las personas morales por cuanto sólo existen en el mundo jurídico, tal como lo establece el artículo 22 ibídem al consagrar que en el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, por esa razón con protección Superior dado el carácter tuitivo de los derechos mínimos del empleado como parte débil de la relación de trabajo.



Así las cosas, aunque la acreditación de la prestación personal del servicio es una carga procesal de la activa, no significa que constituya prueba para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora puede desvirtuar que no los prestó o que no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

Es además de la esencia de la relación de trabajo, el carácter retributivo del servicio, precisamente porque constituye otro elemento esencial del contrato de trabajo, que asume el empleador como beneficiario de la labor contratada, elemento que identifica la onerosidad de las relaciones de trabajo.

La prueba obrante a los autos, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo el principio científico que informa su sana crítica permite concluir con acierto jurídico que la accionante no prestó servicios personales al demandado, considerando que en el interrogatorio a instancias del juzgado confiesa que inició prestando servicios a Octavio Quintero durante una anualidad, a quien si bien le endilga la calidad de socio del convocado para enrostrarle la condición de empleador, no existe prueba que respalde su aserto siendo carga probatoria hacerlo, por el contrario lo reafirma cuando finalizando su versión expresa que realizó actividades para el convocado después de junio de 2016 hasta el 15 de octubre del mismo año, afirmación esta última derruida por la versión de Juan Sebastián Muñoz, quien en su declaración se atribuye la condición de empleador exponiendo que la accionante trabajó para él en local comercial que había tomado en arriendo para venta de tenis desde el 1 de junio de 2016, y tres meses antes de esta data le ayudaba en otra tienda, desconociendo cualquier tipo de vinculación previa con el demandado que se dedica a actividad totalmente diferente, como el



comercio de accesorios para celulares, dicho del declarante que admite credibilidad por representarle su versión intereses adversos.

La declarante Quintero Orozco, desconoce la existencia de cualquier tipo de vínculo de la accionante con el demandado por el conocimiento de ambos, refiriendo que por el trato que tenía con la primera en la venta de ropa y tenis, considera que el propietario del establecimiento donde cumplía esa actividad era Sebastián, ya que era con él que la veía cuadrar cuentas, versión que admite credibilidad pues se acompasa con la versión del citado que se arrogó la calidad de empleador.

Las versiones suministradas por María Consuelo Zuluaga Zuluaga, Juan Sebastián Pérez Siachoque y Luz Janeth Zuluaga Ramírez, no ofrecen elementos de juicio suficientes para establecer prestación personal del servicio de la demandante al demandado, considerando que además de parcializadas por el nexo de consanguinidad y afinidad que los une, para el caso de los dos primeros <<progenitora y cuñado>>, no tuvieron conocimiento directo del vínculo, para el caso de la última. Zuluaga Zuluaga basa su dicho única y exclusivamente en la información que le suministraba la demandante más no porque hubiese apreciación personal y directa de la pretendida prestación del servicio. Pérez Siachoque, pese a que afirma que se desempeñó en el mismo sitio cumpliendo la misma actividad por un corto periodo <<mes y medio>>, manifiesta que se vinculó por cuenta de la demandante, que el demandado era el dueño porque así se lo comunicó la demandante, no obstante, manifiesta que no lo conoce ni el nombre del establecimiento donde supuestamente ambos prestaron servicios, y contradictorio con la propia versión de la demandante sobre la pretendida jornada de trabajo, y las versiones de Juan Sebastián Muñoz y Quintero Orozco. Por su parte Luz Janeth Zuluaga Ramírez, tiene percepción de actividad por un lapso posterior a la pretendida prestación del servicio, señalando que era cliente de la demandante desde finales del 2016 realizando la actividad de venta de jeans, tenis y camisetas,



desconociendo desde que época ejercía esa labor, quién era el dueño del negocio y al demandado.

La prueba documental allegada por la activa tampoco ofrece ningún elemento de juicio que respalde gestión o prestación personal del servicio por cuenta y a favor del demandado, pues toda converge en referir situación de salud de la actora pero nada relacionado con cualquier elemento que tipifique la aludida prestación personal del servicio como primer elemento esencial del contrato de trabajo, que correspondía acreditar a la activa como carga procesal que le impone el ordenamiento jurídico.

Lo analizado es suficiente para concluir indemostrada la prestación personal del servicio de la accionante para el demandado, quien afirma fungió como empleador, en consecuencia, la inexistencia del contrato de trabajo que se pregona y reclama, conlleva la confirmación la sentencia de primera instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$1'000.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado