



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Septiembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2019-00327-01 (025)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Jhon Carlos Moncayo López
Demandado:	Grupo Nutresa S.A. y Recuperar S.A.S.
Llamada en garantía	Seguros Equidad
Asunto:	Resuelve apelación. Se revoca parcialmente la sentencia.
Acta No.:	374

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación formulados por el apoderado judicial de la parte demandante JHON CARLOS MONCAYO LÓPEZ, la demandada GRUPO NUTRESA S.A. y la llamada en garantía EQUIDAD SEGUROS, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto el 28 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Jhon Carlos Moncayo López, demandó a las sociedades Recuperar S.A.S. y Grupo Nutresa S.A., para que se declare: i) la existencia de un contrato de trabajo desde el 29 de marzo de 2016 hasta la actualidad; ii) que el accidente que padeció el 2 de septiembre de 2016 fue por culpa suficientemente comprobada de sus empleadores; iii) que las sociedades demandadas son responsables por perjuicios materiales e inmateriales sufridos con ocasión de la pérdida de capacidad laboral derivada del accidente laboral ocurrido.

En consecuencia, procura que se condene a las accionadas al pago de la indemnización plena de perjuicios, materiales (lucro cesante consolidado y futuro), morales y el daño en la vida en relación y daño fisiológico; v) que se mantenga vigente el contrato laboral del accionante con las sociedades demandadas en razón a la condición de debilidad manifiesta, en aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada.

Subsidiariamente, el actor solicita que se declare: i) que entre él y Recuperar S.A., existe una relación laboral desde el 29 de marzo de 2016 hasta la actualidad; ii) que el Grupo Nutresa S.A. es solidariamente responsable por las prestaciones sociales, sanciones e indemnizaciones que le correspondan en virtud de la relación laboral existente con Recuperar S.A.S conforme a lo señalado en el artículo 34 del CST; iii) que hubo culpa comprobada y suficiente de Recuperar S.A.S en calidad de empleadora y en solidaridad del Grupo Nutresa S.A. en el accidente laboral sufrido por el demandante el 2 de septiembre de 2016; iv) la responsabilidad de Recuperar S.A.S. como empleadora y de forma solidaria al Grupo Nutresa S.A. por perjuicios materiales e inmateriales sufridos con ocasión de la pérdida de capacidad laboral derivada del accidente laboral; v) pide condena a cargo de Recuperar S.A.S. en calidad de empleadora y de forma solidaria Grupo Nutresa S.A.

Hechos.

Como sustento factico de los anteriores pedimentos, manifiesta que inició a trabajar para Recuperar S.A.S. el 29 de marzo de 2016 mediante contrato de

trabajo a término fijo por un periodo de 3 meses, renovado automáticamente la actualidad (fecha de presentación de la demanda), prestando sus servicios de manera personal, continua e ininterrumpida, en el cargo de auxiliar de cargue y descargue, cumpliendo las funciones en las instalaciones de la bodega de NUTRESA, con horario de lunes a viernes de 7:00 am a 12:00 pm y de 1:00 am 5:00 pm y los sábados de 7:00 am a 1:00 pm, que como contraprestación percibía el salario mínimo legal mensual vigente. Precisa que recibía órdenes de RECUPERAR SAS y GRUPO NUTRESA SA, por lo que fue subordinado de estas demandadas.

Narra que el 2 de septiembre de 2016, sufrió un accidente mientras se encontraba enderezando un arrume de galletas que estaba en la parte superior de una estantería de más de 3 metros de altura, al perder el equilibrio cuando la escalera sobre la cual se encontraba, se desestabilizó cuando ejerció fuerza sobre el arrume, cayendo desde una altura de más de 2.10 metros (Expone en detalle todos los traumas sufridos por el accidente).

Informa que el empleador reportó el accidente a SURA ARL y presentó el informe de investigación a dicha ARL en el cual señaló las causas del accidente y las observaciones del caso.

Indica que el 21 de junio de 2018 la ARL SURA PROFIRIÓ dictamen de calificación de invalidez, determinando como diagnóstico CAUSALGIA derivada del accidente de trabajo, asignando 23.5% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 21 de junio de 2018, que ante la inconformidad presentada frente a este porcentaje, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, al resolver, lo modificó asignándole una PCL del 48%; que contra esa tabulación formuló recurso de apelación, siendo desatado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que en dictamen del 25 de abril de 2019 estableció una pérdida de capacidad laboral de 35,1% del demandante y ratificó como fecha de estructuración 21 de junio de 2018.

Refiere que durante la vigencia de la relación laboral no recibió por parte de sus empleadores, los elementos de protección y seguridad personal adecuados para desarrollar sus labores en trabajo en alturas, de tal manera que lo expusieron negligentemente a factores de riesgo derivados del trabajo en alturas, en el entendido que se le ordenó subir a una escalera inestable, a una altura superior a 1.50 metros sin los elementos de protección necesarios.

Asegura que nunca lo capacitaron en trabajo seguro con escaleras, prevención de riesgos y accidentes en trabajo de alturas, tampoco divulgaron la matriz de identificación de riesgos dentro del puesto de trabajo y sobre Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

En consecuencia, refiere que las sociedades accionadas son responsables por los perjuicios por culpa patronal, siendo Recuperar S.A.S empleadora directa del actor y Nutresa la que, a través de actos de tercerización laboral resultó como beneficiaria directa de los servicios prestados, por tanto, que es solidariamente responsable de las obligaciones laborales causadas y no pagadas al trabajador.

3. Contestación de la demanda

-DE RECUPERAR S.A.S.

Al contestar el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y negó otros. Se opuso a las pretensiones y dentro del discurso de defensa, afirma ser la directa empleadora del demandante, que la participación de la sociedad Grupo Nutresa S.A. en esta relación es nula, ya que esta entidad solo es beneficiaria del servicio de la S.A.S., que desconocía las actividades que realizaba el actor al momento del accidente, para las cuales no fue contratado y las hacía a escondidas del Supervisor, siendo por esto el responsable de la ocurrencia del accidente. Formuló excepciones de fondo denominadas:

EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, FALTA DEL INTERÉS JURÍDICO, PAGO, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE DEL DEMANDADO.

De manera concomitante con la respuesta al escrito inaugural, este extremo de la Litis, llamó en garantía a la ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS, con miras a que responda por el pago de la indemnización deprecada por el actor en razón al contrato de seguro de responsabilidad que suscribieron.

Por encontrarlo procedente el juzgado cognoscente aceptó el llamamiento en garantía, corrió traslado a la Aseguradora, por diez (10) días, término dentro del cual contestó la demanda y el llamamiento, aduciendo frente a los hechos que no le constan unos y que se atiene a lo que resulte legalmente probado respecto de otros; en relación con los supuestos fácticos del llamamiento los acogió positivamente; y, se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones la de PRESCRIPCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES, AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD PARA LA QUE FUE CONTRATADO EL DEMANDANTE Y EL DAÑO ALEGADO.

- DE GRUPO NUTRESA S.A.

Al contestar el escrito introductor, frente a los hechos dijo no constarle unos y negó otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que entre el señor Jhon Carlos Moncayo López y la Sociedad Grupo Nutresa S.A., jamás ha existido un vínculo laboral o de otra naturaleza; además, que con Recuperar S.A.S., no ha tenido ninguna relación comercial, por lo que no existe legitimación en la causa por pasiva, ni causa legal para proferir condena en su contra. Enfatiza que en este evento no se reúnen los supuestos establecidos en el artículo 216 del CST para efectos indemnizatorios. Formuló excepciones de fondo denominadas: INEXISTENCIA DE RELACIÓN

CONTRACTUAL E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LA SOCIEDAD RECUPERAR S.A.S., INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS RECLAMADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA DEL DEMANDANTE, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, COMPENSACIÓN Y PAGO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado de primer grado, mediante decisión de fondo adoptada el 28 de octubre de 2021, declaró: **i)** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Jhon Carlos Moncayo y la sociedad Recuperar S.A.S., con vigencia entre el 29 de marzo de 2016, hasta la fecha de la sentencia; **ii)** que el 02 de septiembre de 2016, el actor fue víctima de un accidente de trabajo que le ocasionó pérdida de capacidad laboral del 35.10%; **iii)** que la sociedad empleadora Recuperar S.A.S., es responsable por culpa patronal en la ocurrencia del accidente de trabajo del demandante.

En consecuencia, condenó a Recuperar S.A.S., y solidariamente a la demandada Nutresa S.A.S. (*sic*) a pagar a favor del accionante, por concepto de indemnización por perjuicios morales la suma de \$36.341.040; por perjuicios fisiológicos por daño a la vida de relación la suma de \$9.085.260. Asimismo, irrogó condena a cargo de la Equidad Seguros consistente en reembolsar el monto que corresponda por valor de la indemnización que deba cancelar Recuperar S.A.S. (*sic*) al demandante en función de la póliza AA02777 por concepto de indemnización plena de perjuicios, aplicando los deducibles que se pactaron en el negocio asegurador. Condenó en costas a las demandadas y a la llamada en garantía y absolvió a la parte demandada de las demás pretensiones de la demanda.

Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, dio por probada relación laboral entre el actor y Recuperar S.A.S, teniendo en cuenta la

aceptación expresa de la misma y la prueba del contrato de trabajo suscrito por aquellos. Estableció los extremos temporales desde el 29 de marzo de 2016, con vigencia incluso hasta la fecha de presentación de la demanda.

Para decidir sobre la solidaridad, respecto de Nutresa S.A., entidad a la que erráticamente la menciona como "Nutresa S.A.S.", dejó en claro la improcedencia de declararla empleadora, asegurando que los medios de prueba documentales, testimoniales y las investigaciones en el accidente laboral, permiten arribar a la conclusión que la única empleadora fue Recuperar S.A.S. No obstante, aduce que aquella, se benefició de los servicios prestados por el actor¹ a través de la citada empleadora, fundada en que conforme a la prueba testimonial, la mercancía descargada por los trabajadores de la S.A.S. era de propiedad de Nutresa S.A.S. (sic), quien se encargaba de distribuirla, por lo cual, el demandante se encontraba coadyuvando logísticamente al objeto social de la entidad y que por esa razón es procedente declarar la deprecada solidaridad, en los términos del artículo 34 del CST, dado que se constituye como tercero beneficiario de las labores que los trabajadores de Recuperar S.A.S. realizan para cumplir su objeto social.

Para definir la culpa de la empleadora Recuperar S.A.S. en el accidente laboral, con apoyo en las pruebas arrimadas al plenario, estableció que esta incumplió con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador dependiente, porque si bien, brindó inducción al actor respecto de las labores que debía desempeñar como auxiliar de cargue y descargue de mercancía, del contrato laboral que suscribió en 2016 se desprende que con la demandada Recuperar S.A.S., debía además situar la mercancía en la estantería, alistarla en la bodega y ubicarla según las fechas o códigos de rotación.

¹ Se refiere a él como terceros vinculados

Refiere que los testimonios practicados en la etapa probatoria, permitieron inferir que la función de arrume o apilamiento de la mercancía, era competencia de quién la descargaba, de tal manera que en muchas ocasiones el arrume se ubicaba a más de 1.5 metros de altura, razón por la cual el empleador omitió tener en cuenta el reglamento para los trabajadores que realicen trabajo en alturas, dispuesto en la Resolución 1409 de 2012 y siendo de obligatorio cumplimiento en todo trabajo en el que exista el riesgo de caer a 1.50 metros sobre un nivel inferior, por ello, el empleador debió tomar las precauciones necesarias, como capacitaciones y curso de trabajo en alturas, lo que no logró acreditar la pasiva. Así, descarta considerar culpa del trabajador como causa del accidente.

Con base en lo anterior, condenó a las indemnizaciones por perjuicios morales, daño a la vida en relación y fisiológicos; negó el pedimento relacionado con el lucro cesante consolidado y futuro, bajo la egida que no existe en el plenario prueba determinante para establecer el monto. Y resalta que en el demandante en el libelo inaugural manifestó que el vínculo laboral estaba vigente.

De otro lado, no encontró con vocación de prosperidad la excepción de prescripción formulada por la llamada en garantía, fundada en que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, el término se cuenta desde la notificación de la reclamación judicial o extrajudicial que le hacen a la aseguradora y que en este caso la reclamación se hizo en término.

5. La apelación.

- DEMANDANTE

Contra la anterior decisión se reveló el apoderado de la parte demandante, discrepando de la tasación de los perjuicios morales y por daño de la vida en

relación, aduciendo que, si bien dependen de la discrecionalidad del juez, los mismos se agravan cuando la pérdida de la capacidad laboral es mayor y que en este caso para ese efecto, no se tuvo en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 50.5%

De otro lado se duele de la decisión de la A quo de negar el reconocimiento de lucro cesante, arguyendo que desconoció la regla que determina que dependiendo del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral la persona pierde su capacidad de trabajo y la posibilidad de generar ingresos a futuro, por ello considera que debió proceder la condena al pago por concepto de lucro cesante consolidado y futuro. Trae a colación jurisprudencia vertida por la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 3901 con radicación 73366), que señala lo atinente al reconocimiento simultáneo de pensión de invalidez y la indemnización plena por perjuicios por culpa patronal. Señala que la jurisprudencia de la Corte ha sido pacífica en sostener que las prestaciones económicas otorgadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral son compatibles con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios establecidos en el artículo 216 del CST, en el entendido que cubren obligaciones distintas dado que en el primer caso busca la protección objetiva del afiliado o sus causahabientes, en el segundo se propende por una reparación subjetiva surgida del accidente laboral ocasionado por culpa del empleador.

Manifiesta que en el Sub Judice, está comprobado que el actor devengaba un salario mínimo, por lo cual, la merma de la capacidad laboral, debería tener como resultado el reconocimiento del lucro cesante basado en el mismo. Puntualiza que el fallo atacado pasó pretermitió el dictamen de 50.5% emitido por la ARL SURA, por lo cual exhorta al colegiado para que lo valore a efectos de liquidar el lucro cesante consolidado y futuro, y un mayor valor en los perjuicios morales y daño de la vida en relación.

- **GRUPO NUTRESA S.A.**

Con el propósito que se revoque la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda, inicia aclarando que actúa en representación de GRUPO NUTRESA S.A., que no es NUTRESA S.A.S., como la mencionó el despacho en el discurrir del proceso, indicando que esto, implica una confusión al momento de señalar la entidad que conforma la parte pasiva del proceso.

Precisa en la fijación del litigio el debate se centró en establecer la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y las sociedades Recuperar S.A.S. y Grupo Nutresa S.A.S. (sic), concluyendo que la relación laboral existió solo entre el actor y Recuperar S.A.S., por lo que la declaración de culpa patronal del empleador por el accidente laboral sufrido por el demandante, exonera a Grupo Nutresa S.A., dado que esta, nunca tuvo relación laboral con el demandante, tal como se acreditó con la documental que reposa en el expediente, también con los testigos y la confesión del propio actor.

Alega que se vulneró el debido proceso, por cuanto Grupo Nutresa S.A. es un tercero totalmente autónomo e independiente; que no es permisible que por un error de la parte actora al momento de formular las pretensiones de la demanda resulte violentada dicha garantía. Advierte que su objeto social es distinto (*no precisa respecto de qué empresa*) y el hecho que haya un control económico o accionario por parte de una persona jurídica no configura la responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del CST, pues esta norma exige como requisito la existencia de una relación contractual entre contratista y beneficiario de la obra, presupuesto que en este caso, no existe no hay un contrato, tampoco una obra, por lo tanto Grupo Nutresa S.A. no es beneficiaria de las actividades desarrolladas por el demandante, además que no es posible colegir que esas actividades hacen parte del giro ordinario de los

negocios de la entidad, porque no tiene relación alguna con actividades de almacenamiento, de distribución, ni relación con productos alimentarios.

Señala que, de acuerdo con los testigos del demandante, incluso él mismo, aseguraron que la actividad desempeñada, no tiene relación con Grupo Nutresa S.A., y que la A quo, no prestó la atención suficiente para dilucidar qué Nutresa S.A. es una entidad diferente e independiente de la empresa con la que eventualmente pudo haberse presentado una relación laboral con el señor Jhon Carlos Moncayo, por lo cual, concluye que el Grupo Nutresa S.A., no intervino y no es parte del proceso, de suerte, que existe un yerro en asumir la calidad de contratante y contratista de la entidad Grupo Nutresa S.A. con Recuperar .S.A.S.

Por último, respecto del recurso presentado por el apoderado de la parte actora, frente al lucro cesante, señala que debe tenerse en cuenta que el actor manifestó en su interrogatorio de parte que se encuentra pensionado, lo que implica que su ingreso no se ha menoscabado, más aún cuando percibe una pensión equivalente al salario mínimo siendo el mismo valor que devengaba previamente.

- ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS

Inconforme con la condena que le incumbe, sostiene que la falladora de primera instancia no tuvo en cuenta lo relacionado a la prescripción, y por otra parte, que de llegarse a confirmar el fallo, habrá de tenerse en cuenta los topes máximos de responsabilidad de su asegurada respecto del valor a indemnizar.

6. Trámite de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conformidad con las previsiones del

numeral primero del artículo 15 del derogado Decreto 806 de 2020, término dentro del cual hicieron uso de este derecho la parte demandante, la sociedad demandada Grupo Nutresa S.A., y la llamada en garantía Equidad Seguros, exponiendo lo siguiente:

La parte demandante.

En términos generales, reprodujo los argumentos expuestos en la demanda y la sustentación de alzada, discurre en sus alegaciones las razones por las cuales debe modificarse de forma parcial el fallo de primera instancia, para finalizar solicitando que se acceda a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor.

La parte demandada Grupo Nutresa S.A.S.

En procura que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar sea absuelta de las pretensiones, en sus alegaciones de forma amplia diserta sobre las razones por las que considera que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los mismos reparos sobre los cuales sustentó la alzada.

La llamada en garantía Equidad Seguros.

Censura las consideraciones realizadas por el A Quo, reiterando que ha operado el fenómeno de la prescripción, trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del término de la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros.

Refiere al artículo 1081 del Código del Comercio, señala desde cuando debe empezar a contabilizarse el término extintivo, precisando que el conteo de la prescripción ordinaria inicia desde que el interesado en demandar tuvo

conocimiento real o presunto de la ocurrencia del siniestro, el cual se entiende como el momento en que se realizó el riesgo asegurado.

Tilda de errónea la fijación del término de prescripción por parte de la A quo, argumentando que el mismo debía establecerse no desde el momento en que se notificó a la Compañía Aseguradora del llamamiento en garantía dentro del proceso judicial, sino desde el momento en el que el asegurado tuvo conocimiento real o presunto de la ocurrencia del siniestro, siendo para el censor el 2 de septiembre de 2016, día en el que el demandante sufrió el accidente de trabajo.

Sostiene que entre la fecha anotada y la fecha en la que el asegurado propuso el llamamiento en garantía en contra de la aseguradora, transcurrieron más de dos años, reiterando que en ningún momento la Equidad Seguros tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro, por lo cual asegura que se cumple el factor objetivo tendiente a la ocurrencia del término prescriptivo por el transcurso del tiempo sin que el asegurado haya ejercido acción alguna pretendiendo interrumpir el fenómeno prescriptivo, razón por la cual considera que se extinguió el derecho que Recuperar S.A.S. ostentaba respecto de que sea la aseguradora quien responda por el pago de los perjuicios ocasionados al demandante por la condena indemnizatoria que se impuso en su contra.

Finalmente solicita que en el eventual caso que se ratifique la condena en contra de la aseguradora, que el pago de los perjuicios que debe asumir como llamada en garantía por Recuperar S.A.S. se ajusten a los valores asegurados consignados en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. AA024777.

II. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

2. Problemas jurídicos

En virtud a los argumentos expuestos por los recurrentes para derribar la decisión de primer grado, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Erró la A quo al establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales y daño de la vida en relación causados al convocante?

¿Existen elementos de juicios para establecer a favor del actor indemnización de perjuicios por lucro cesante consolidado y futuro?

¿Fue acertado declarar al GRUPO NUTRESA S.A. como deudor solidario de la indemnización plena de perjuicios?

¿Se estructuró prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro entre Recuperar S.A.S. y la llamada en garantía la Equidad Seguros?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Previo a abordar el estudio de los anteriores planteamientos, conviene destacar que no es objeto de discusión ante esta instancia aspectos relativos a la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada Recuperar S.A.S; tampoco lo atinente a la culpa patronal que encontró

probada la juzgadora de primera instancia, en consecuencia, siendo fieles al mentado principio de consonancia, se prescindirá de pronunciamiento sobre estos puntos.

Definición del primer problema jurídico.

Ataño al monto de la indemnización por perjuicios morales y daño de la vida en relación del que discrepa el demandante, en procura que sea incrementado bajo la egida que la A quo, para ese efecto, destendió el dictamen que estableció una pérdida de capacidad laboral del 50.5%.²

Al respecto, confrontadas las consideraciones de la sentencia objetada, se evidencia que, ciertamente el juzgado de conocimiento al establecer los referidos perjuicios, guardó silencio frente a dicho porcentaje de PCL; sin embargo, no pasa por alto la Sala que en tratándose de la tasación del monto de indemnización por concepto de perjuicio moral, adquiere total preponderancia el arbitrio iuris del servidor judicial, el cual se encuentra sustentado en el caudal probatorio arrimado al proceso judicial.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de marzo de 2020³, reiteró la potestad del juez para que, confiando en su arbitrio, y determinando en cada caso las condiciones personales de la víctima, apreciadas en razón a los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio entre otras situaciones, agote la liquidación del monto destinado al resarcimiento del perjuicio.

² Según consta en auto del 16 de septiembre de 2021 (Fls. 188 y ss), esta prueba se decretó de oficio, luego de haber sido allegada inoportunamente por la parte actora. Esta decisión cobro legal ejecutoria ante su no objeción de las partes.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020), SC780-2020, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, Radicación: 19001-31-001-2010-00053-01

En el sub judice, se avizora que para la tasación de los perjuicios morales, la A quo, tuvo en cuenta probanzas tales: la historia clínica, destacando la patología que aqueja al actor, sus consecuentes dolores, tratamientos médicos quirúrgicos invasivos, y padecimientos morales resultantes de la pérdida de la funcionalidad de su mano dominante, estimando conforme a la sana crítica que se registró perjuicio psíquico-moral, producto del accidente de trabajo, y a su juicio estimó su resarcimiento en monto equivalente a 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que encuentre esta Sala, mejores razonamientos para incrementar esta tasación, con base en el puntual sustento de este pedimento, como es que la pérdida de capacidad laboral del 50.5%, porcentaje que abrió paso a la pensión por invalidez, pues de acuerdo con la exposición que hace en su declaración de parte, referente a síndrome complejo de dolor fuerte e hinchazón en el brazo derecho, se estima que esta secuela se acompasa con dicho porcentaje; y, en sano raciocinio, sin demeritar las molestias que cualquier dolor causa, la Sala no estima motivo suficiente para el incremento en la tasación del perjuicio establecido por la A quo; de ahí que, frente a este aspecto la alzada no encuentra eco.

Lo propio acontece con el monto tasado en primera instancia por el daño a la vida en relación, puesto que, para el Colegiado, el equivalente a 10 salarios mínimos, luce concordante con el análisis efectuado por la cognoscente, en cuanto a las deficiencias en la manipulación del brazo afectado por dolor, dado que, inventarió la perturbación en la interacción en su entorno, el sometimiento a terapia ocupacional para el cambio de dominancia y que esto altera su interacción con el mundo que le rodea. En tal sentido, fundamentó el reconocimiento de esta tipología de perjuicios extrapatrimoniales, frente a lo cual no se hará ningún reparo y se secunda el monto que por el citado concepto fijó la primera instancia, en virtud que la discrecionalidad que sobre el particular proyectó el fallo atacado, no es irracional o desproporcionado, por el contrario, este forjado en sosegado análisis, tal cual, se resaltó.

Al segundo.

Dentro de los reparos traídos a instancia del extremo activo, está la falta de condena por indemnización de perjuicios por **lucro cesante consolidado y futuro**.

Para dar solución a este aspecto, se memora que la negativa de esta pretensión se fincó en el déficit probatorio para determinar el monto, acompañado del hecho de la vigencia del vínculo laboral del actor, y que, en consecuencia, sigue percibiendo salario.

Contrasta la tesis enarbolada por el sentenciador de primer grado para negar tal requerimiento del precursor de la acción judicial, habida cuenta, que la prueba recaudada en el proceso, efectivamente, permite desestimar la vigencia del vínculo laboral, dado que revela el estatus de pensionado por invalidez del mismo, situación corroborada por el testimonio del señor **Danny Andrés Castañeda Mesa**, a la sazón, Jefe de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empleadora Recuperar S.A.S., quien al ser interrogado respecto a la terminación del contrato de trabajo del demandante, de manera categórica respondió: ***"sí, el contrato de trabajo terminó debido a que la ARL le dio su pensión de invalidez"*** dicho que respalda la afirmación que en igual sentido hizo el propio actor en su declaración de parte, en la que aseguró que actualmente se encuentra pensionado.

Bajo este escenario, en lo atinente a la procedencia de los perjuicios que ahora se examinan, encuentra la Sala, que no le asiste razón al reclamo que sobre el particular postula el extremo activo del proceso. Veamos porque:

Jurisprudencialmente se ha puntualizado que la tipología de daño patrimonial, se entiende como aquel que el demandante deja de percibir como consecuencia del daño ocasionado con el accidente, impidiendo o

disminuyendo la expectativa de lograr ingresos para la atención de sus necesidades propias y de los suyos; que a su vez, se divide en dos: por un lado, el lucro cesante pasado o consolidado, como aquel que se causa a partir de la terminación del vínculo laboral del trabajador hasta la fecha del fallo; por otra parte, el lucro cesante futuro, el cual se genera a partir de la fecha de la providencia, hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del ex trabajador.⁴

Fijadas las anteriores coordenadas, es preciso traer a colación el criterio jurisprudencial vigente en materia de indemnización plena de perjuicios, en asuntos en los cuales se ha declarado la culpa suficientemente comprobada del empleador por el menoscabo sufrido por el trabajador con ocasión de accidente de trabajo, cuando paralelamente la ARL le concede pensión de invalidez en razón a la calificación de la pérdida de capacidad laboral. En ese orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de abril de 2021⁵, sostuvo:

"se debe decir que la jurisprudencia de esta Sala ha sido pacífica en sostener que las prestaciones económicas otorgadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral son compatibles con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, toda vez que cubren obligaciones distintas, pues mientras en el primer caso se busca proteger de manera objetiva al afiliado o sus causahabientes; en el segundo se propende por una reparación subjetiva que surge de un accidente laboral ocasionado por la culpa del empleador; razón por la cual se ha determinado la imposibilidad de compensar las sumas que el empleador debe a título de lucro cesante, daño emergente y/o perjuicios morales, conforme al precepto legal

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del cuatro (4) de Julio de dos mil seis (2006) Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López. Radicación No° 27501.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1566 del veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

aludido, con los valores recibidos, en este caso, por la pensión de sobrevivientes a cargo de la ARL”

En igual sentido la alta Corporación de manera uniforme y reiterada ha señalado, refiriéndose al lucro cesante consolidado futuro, que para su fijación deben estar acreditados los perjuicios. En efecto, sobre esta materia en sentencia dictada el 4 de noviembre de 2020 (Rad. SL 61563), en la que trajo a colación su propio precedente, tales como la SL 6 de marzo de 2012, radicación 31948 y SL 15 de octubre de 2008 radicado 29970, asentó:

"2.1. De la acreditación de los perjuicios materiales y morales

A) Lucro cesante-consolidado y futuro.

En lo que estrictamente concierne al lucro cesante es importante recordar que la Corte ha adoctrinado que quien reclame perjuicios en la modalidad de lucro cesante debe probar.”

Conviene aclarar que lo señalado por el artículo 216 del CST, respecto de que del monto de la indemnización ordinaria por perjuicios debe *"descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo"*, según mandato jurisprudencial imperante, su interpretación es en el sentido que la compensación referida no alude a las sumas reconocidas por el sistema general de seguridad social, sino a los valores que el empleador ha pagado con anterioridad al trabajador o sus causahabientes, con ocasión del accidente sufrido, razón por la cual, no es posible compensar las cifras que a título de lucro cesante resulta deber del empleador con las recibidas por el trabajador por concepto de pensión de

invalidez de origen profesional.⁶

En esa circunstancia, el ordenamiento jurídico interno prevé que, respecto del derecho a una reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, existen dos modalidades, que se identifican jurídicamente de la siguiente manera: la que se denomina reparación tarifada de riesgos, que se refiere al reconocimiento de las prestaciones económicas previstos por la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002, y demás normas reglamentarias, hoy en día a cargo de las ARL. En otro orden, nos referimos a lo dispuesto en el artículo 216 del CST relativo a la indemnización plena de perjuicios por culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente laboral.⁷

Bajo estas pautas jurisprudenciales, al descender al asunto que concita la atención de la Sala, **en cuanto al lucro cesante consolidado**, no es posible su tasación, como quiera que para ello, es menester identificar el momento en el cual finaliza el vínculo laboral del actor, mismo que se desconoce, pues del examen de los medios de pruebas documentales y testimoniales practicadas en el proceso, se extracta que con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, continuó vinculado bajo contrato de trabajo con Recuperar S.A.S., recibiendo el rubro de la incapacidad cubierta por la ARL SURA a la cual se encontraba afiliado; y, aunque se tiene conocimiento que hubo reconocimiento de la pensión de invalidez y que fue la razón por la cual, según lo afirmó el testigo **Danny Andrés Castañeda Mesa** se terminó el contrato de trabajo, sin señalar calenda alguna, fuerza concluir que, no existe prueba contundente que lleve a la firme convicción de la fecha final de la relación laboral, y como es entre ésta y la data del fallo que se debe liquidar el lucro cesante consolidado, ante el desconocimiento del extremo inicial en mención, como se dijo

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 22 octubre de 2014 SL16367 Magistrado Ponente Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del tres (3) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación N° 35121

delanteramente, no es posible su tasación, por tanto se impone la confirmación de la decisión de primer grado, en cuanto negó este concepto indemnizatorio.

Ahora, en lo que concierne al **lucro cesante futuro**, acogiendo los precedentes jurisprudenciales reseñados en precedencia, al examinar el expediente, se vislumbra absoluto divorcio del promotor de la acción frente a la carga probatoria reseñada, en la medida que brilla por su ausencia, acreditación de los perjuicios examinados. Y es que al tenor de la línea jurisprudencia traída a colación, la imposición de condena por lucro cesante futuro no opera de manera automática e inexorable, y lo cierto es que el interesado se limitó a requerirlos sin hacer agotar ningún esfuerzo probatorio de modo que esa conducta procesal se rearguye en contra de sus intereses.

Luego entonces, deviene improcedente reconocer el derecho al pago de dicho perjuicio, tal cual lo concluyó el sentenciador de primer grado.

Solución al tercer problema jurídico.

Surge de la alzada de la demandada GRUPO NUTRESA S.A., entidad que desde la contestación de la demanda fue contundente en desconocer los hechos y pretensiones del escrito inaugural, esencialmente, bajo la premisa que nunca se registró nexo laboral contractual con el actor y tampoco contrato de ninguna naturaleza con la empresa RECUPERAR S.A.S., premisas en las que soportó la excepción de inexistencia de relación contractual e inexistencia de responsabilidad solidaria con la sociedad Recuperar S.A.S.; y, ante la condena emitida en primera instancia, como consecuencia de haberla declarado solidariamente responsable de las indemnizaciones reconocidas a cargo de la empleadora, insiste ante esta instancia en la inexistencia de contrato de ninguna naturaleza con el demandante, ni su empleadora y mucho menos que haya sido beneficiaria de alguna forma del servicio

prestado por aquél; además, que la A quo no escudriñó qué Nutresa S.A., es una entidad diferente, con objeto social distinto e independiente de la empresa que eventualmente fungió como empleadora del demandante.

Bajo este contexto, para la Sala, luce palmar que en últimas pretende persuadir que no fue la persona jurídica que se debió demandar, que carece de legitimidad en la causa por pasiva, por lo que, para establecer si le asiste razón o no, es imperioso establecer con los diferentes medios de pruebas, si jurídicamente es la llamada a responder solidariamente, o no, por la indemnización del artículo 216 del CST que prosperó en primera instancia.

Cumple recordar que el demandante debe tener legitimación en causa por activa, y quien es demandado la debe tener por pasiva, puesto que su existencia es un presupuesto para dictar la sentencia *"La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso" ⁸, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas"*, pues quien formula una pretensión debe tener posibilidad sustancial de tener las condiciones legales para reclamar un derecho o una obligación, y quien es demandado, debe tener las condiciones para que le sea exigido, *"entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran los titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada"*⁹.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No. 73001 23 31 000 2006 01328 01(36565). Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

⁹ libidem

Entrando en materia, del examen crítico del material probatoria acopiado oportunamente, es indubitable que en este caso se demandó a quien no se debía, puesto que habiéndose enderezado la demanda contra GRUPO NUTRESA S.A., para que responda solidariamente por las eventuales condenas que se impongan a la empleadora convocada RECUPERAR S.A.S., contrasta la orfandad probatoria frente a vínculo contractual directo que pudiera existir entre la primera con el actor y la referida empleadora, *a contrario sensu*, los medios de prueba apuntan unívocamente a desligarla del compromiso que le atribuyó la A quo y a demostrar la existencia de otra empresa que fue la que realmente se benefició del servicio prestado por el trabajador de la citada S.A.S., en desarrollo del contrato civil suscrito entre estas; y, nos referimos a la empresa **COMERCIAL NUTRESA**, veamos porque.

LAURA JARAMILLO, representante legal de Grupo Nutresa S.A., además de negar cualquier tipo de relación civil o comercial con RECUPERAR S.A.S., enfatiza que el objeto social de GRUPO NUTRESA S.A. está encaminado a la inversión de recursos en otras compañías de Colombia y en el exterior, que no se dedica a la comercialización de productos. Esta afirmación encuentra respaldo con el certificado de existencia y representación legal del que claramente se extracta que, dicha empresa con número de matrícula mercantil 21-002664-04, (Fl.337) en efecto, tiene ese objeto social.

BEATRIZ AGUDELO, con larga trayectoria como empleada de RECUPERAR S.A.S., como testigo directo de los hechos que narra, fue enfática al afirmar que, la empresa con la cual se suscribió un contrato de prestación de servicios, fue con **COMERCIAL NUTRESA**, que, en ejecución del mismo, el demandante debía desarrollar sus labores en la bodega donde esta empresa almacenaba su mercancía y donde en últimas acaeció el accidente laboral. Durante todo su relato, hace referencia únicamente al contrato de prestación de servicios con esta última sociedad, exponiendo con claridad que era a la que le prestaban el servicio.

ÁLVARO FERNANDO KREISBERGER, quien laboró en la bodega en la que tuvo lugar el accidente; manifestó que conoció al señor Jhon Carlos Moncayo cuando trabajó en Nutresa, indicando que, respecto de su empleador, se refería específicamente a **COMERCIAL NUTRESA**.

Por su parte el demandante al rendir su declaración de parte, dijo desconocer la existencia de algún contrato entre RECUPERAR S.A. y GRUPO NUTRESA S.A., que su trabajo no estaba orientado a beneficiar a esta última, que su sitio de trabajo era en una bodega de la empresa **COMERCIAL NUTRESA** y sostiene que no sabe exactamente la diferencia entre esta con el **GRUPO NUTRESA S.A.**, pero creía que eran lo mismo; sin embargo, distanció a esta con negativas concluyentes frente a cualquier relación que los hubiera unido, de las que se destaca la respuesta alusiva a que el servicio por él prestado no era en beneficio del citado grupo empresarial, finalmente, afirma estar confundido entre lo que es **GRUPO NUTRESA S.A. y COMERCIAL NUTRESA**.

Dada este panorama, en aras de tener mejores elementos de juicio para definir la controversia, mediante prueba oficiosa practicada en esta instancia, se obtuvo el certificado de existencia y representación legal de COMERCIAL NUTRESA S.A.S., de cuyo estudio se logró constatar que su objeto social difiere del de GRUPO NUTRESA, pues, mientras este tiene como tal *"inversión o aplicación de recursos (...) en empresas organizadas bajo cualquiera de las formas autorizadas por la ley"*; Comercial Nutresa S.A. tiene como tal, la *"realización de cualquier actividad lícita, y podrá llevar a cabo todas las operaciones de cualquier naturaleza relacionadas con el objeto mencionado (...)"*.

No obstante, lo anterior, al auscultar el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GRUPO NUTRESA S.A. (Fls. 366 y ss), en su interior página 13, se constata que COMERCIAL NUTRESA S.A.S. es una de sus filiales que tiene un capital del 50%, y por lo tanto, es dable aceptar la existencia de un control económico ejercido por GRUPO NUTRESA S.A. como matriz.

A propósito de este control, conviene acotar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006¹⁰ la responsabilidad subsidiaria de la matriz, respecto de las obligaciones de sus vinculadas, se perfila sólo en aquellos casos en que la insolvencia o liquidación judicial de las subordinadas, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones realizadas por la sociedad controlante, lo cual no ocurre en el sub lite.

Con base en todo lo expuesto, resulta claro el desatino en el que incurrió el demandante al determinar la empresa que debía ser convocada al proceso, resultando del análisis de las pruebas incorporadas al mismo, que la empresa que debió ser llamada a juicio era COMERCIAL NUTRESA S.A.S., situación que aflora como hecho sobreviniente pero, en todo caso acreditado, conforme las probanzas antes enlistadas, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 281 del CGP se tendrá en cuenta como quiera que es modificadorio del derecho sobre el cual versa este litigio.

Y es que es tal el desacierto frente a la persona que debió ser vinculada, que es oportuno llamar la atención, que en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, la parte demandante, pretendió que se integrara la litis con otra empresa diferente a las ya mencionadas, esto es, NUTRESA SERVICIOS S.A.S., que es otra de las empresas que conforman el Grupo Empresarial Nutresa, cuya matriz o controlante es Grupo Nutresa S.A., e igualmente con identidad diferente a Comercial Nutresa S.A.S., refulgiendo palmar la incertidumbre del propio actor respecto de la sociedad de quien pretende responsabilidad solidaria. De contera, ello magnifica la conclusión del Colegiado.

Con fundamento en lo expuesto, esta Colegiatura encuentra mérito para absolver al GRUPO NUTRESA S.A., de lo pretendido en su contra, de forma, que se refrendará la excepción denominada excepción de inexistencia de relación contractual e inexistencia de responsabilidad solidaria con la sociedad Recuperar S.A.S. formulada al replicar el libelo inaugural, para en consecuencia, **revocar el ordinal séptimo de la sentencia;** deviene inexorable revocar el ordinal relativo a la condena en costas.

¹⁰ Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial.

Solución al cuarto y último problema jurídico.

Afloró de la apelación de la llamada en garantía, al oponerse a la condena impuesta, de su discurso argumentativo, se extrae, que está dirigido a señalar que la acción derivada del contrato de seguro suscrito con Recuperar S.A.S. se encuentra prescrito.

Al respecto, se memora que la normatividad atinente a la prescripción extintiva para ejecutar la acción que se deriva del contrato de seguros, prevé de forma general, que los términos para ejercerla pueden ser en dos momentos diferentes; dependiendo si es ordinaria, cuyo término es de 2 años; o extraordinaria, la cual será de 5 años. Respecto del primer término, se contará a partir del momento en que el titular del derecho tiene conocimiento real o presunto del hecho que genera la acción a reclamar, dependiendo por lo tanto de un elemento subjetivo; paralelamente el término de prescripción extraordinaria, se contará desde el momento en que ocurre el hecho generador de la acción, que es el elemento objetivo que lo determina.¹¹

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, en relación al cómputo del término de prescripción extintiva de la acción, específicamente en el contrato de seguro de responsabilidad civil, la legislación ha previsto una regla especial, dispuesta en el artículo 1131 del Código de Comercio, que literalmente reza:

*"Artículo 1131 - Ocurrencia del siniestro - En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. **Frente al asegurado, ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial**"* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con este precepto, convergen dos prescripciones distintas; la primera afecta a quien ostenta la calidad de víctima quien es beneficiario de

¹¹ Artículo 1081 Código de Comercio

la póliza; la segunda atañe al asegurado, como causante del daño y por lo tanto generador de la obligación a indemnizar, quien, a su vez, ampara su patrimonio con la efectividad de la póliza de seguro que para tal efecto ha contratado.

La jurisprudencia imperante en la materia, ha sido pacífica en determinar que el cómputo del término de prescripción en los seguros de responsabilidad civil, conforme al citado dispositivo, solo correrá a partir de la reclamación judicial o extrajudicial que la víctima del siniestro eleve contra el causante del daño acaecido, quien a la par ha sido el tomador del seguro o asegurado.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de octubre de 2019¹², expresó:

"Para reforzar lo dicho, es preciso señalar que en el ramo de los seguros de responsabilidad civil, la ley no exige que el productor del menoscabo primero sea declarado responsable para que pueda repetir contra el asegurador, pues basta con que al menos se le haya formulado una reclamación (judicial o extrajudicial), ya que a partir de ese hito podrá dirigirse contra la aseguradora en virtud del contrato de seguro; luego, siendo ello así, como en efecto lo es, mal se haría al computarle la prescripción de las acciones que pueda promover contra su garante desde época anterior al instante en que el perjudicado le reclama a él como presunto infractor.

Con otras palabras, sin mediar reclamación de la víctima el asegurado no puede exhortar al asegurador a que le responda con ocasión del seguro de responsabilidad civil contratado, pues a él nadie le ha pedido nada aún; luego, si lo hace el asegurado podrá entonces aducir, con total acierto, que no le es exigible la satisfacción de la obligación indemnizatoria derivada del seguro, puesto que ministerio legis, tal exigibilidad pende inexorablemente no sólo de la realización del hecho externo imputable al asegurado (el riesgo), cual se materializa con el siniestro, que es el detonante de la responsabilidad civil, sino que requerirá además la condición adicional de que esta se haga valer por vía judicial o extrajudicial contra el agente dañino, es decir frente al asegurado." (se destaca a propósito).

En el caso de autos, obra a folios 44 y 45 el contrato de seguro - póliza AA024777-, suscrito entre Recuperar S.A.S. como asegurado, y Equidad

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 13948-2019 del once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque, radicado: 11001-02-03-000-2019-02764-00

Seguros como aseguradora, del que claramente se deduce que es un contrato de seguro de responsabilidad civil, razón por la cual su régimen de prescripción es el señalado del artículo 1081 complementado con el artículo 1131 del Código de Comercio.

Precisado lo anterior, de acuerdo con las pautas legales y jurisprudencial reseñadas anteriormente, para la Sala, la sociedad asegurada Recuperar S.A.S., sólo pudo estar legitimada para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro cuando fue convocada como parte pasiva al proceso, puesto que solo en ese momento y en el eventual caso de ser condenada, le asistía la obligación indemnizatoria en favor del demandante, razón por la cual, el cómputo de la prescripción de la acción que Recuperar S.A.S. puede ejercer en contra de la Equidad Seguros como garante, sólo inicia desde la reclamación judicial que a través del presente proceso se elevó en su contra, que en este caso ocurrió con la notificación de la demanda practicada el **13 de septiembre de 2019**, visible a folio 365 del expediente digital; y, como quiera que el llamamiento en garantía realizado al contestar la demanda, fue recibido en el juzgado cognoscente, el 26 de septiembre siguiente (Fl. 42 y ss exp. Digital) y la notificación personal a la citada entidad aseguradora se surtió el 22 de noviembre de 2019 (Fl. 148 Exp. Pte 2), al rompe se advierte que la acción para reclamar el derecho asegurado se salvó de prescribir.

Finalmente, en lo que atañe a su observación referente a que, de llegarse a confirmar el fallo, se tenga en cuenta los topes máximos de responsabilidad de su asegurada respecto del valor a indemnizar, la Sala destaca, que ello es consecuente con la autonomía de la voluntad circunscrita en la póliza de seguros y por tanto, se refrenda la exhortación que en tal sentido eleva la Aseguradora.

Sean las anteriores razones suficientes para secundar la decisión de la A quo, en cuanto no encontró con vocación de éxito la excepción de prescripción formulada por la aseguradora llamada en garantía.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, dadas las resultas de los recursos de apelación, que resultaron fallidos para la parte demandante y la llamada en garantía Seguros Equidad, se impone condena en costas a cargo de ellas. Las que corren a cargo del promotor del proceso cursan a favor de NUTRESA S.A.; y, las de la llamada en garantía Seguros Equidad, a favor del promotor del proceso. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada uno de aquellas, en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR los ordinales séptimo y décimo primero de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso instaurado por Jhon Carlos Moncayo López contra Grupo Nutresa S.A., Recuperar S.A.S. y Seguros Equidad (llamada en garantía) apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada GRUPO NUTRESA S.A. de las pretensiones deprecadas en su contra y de las costas procesales.

SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO. - CONDENAR en **COSTAS** a la llamada en garantía SEGUROS EQUIDAD, en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

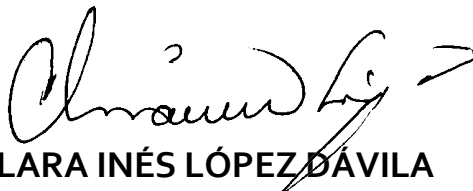
QUINTO. - CONDENAR en **COSTAS** al demandante, en favor de la demandada Nutresa S.A. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO. - NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Septiembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00450-01 (199)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del circuito de Pasto
Demandante:	Jesús Eliecer Maya Basante
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona numeral segundo.
Acta No.:	373

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

JESÚS ELIECER MAYA BASANTE, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, promovido a partir del 03 de septiembre de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP PORVENIR S.A.**; y, que el actor debe estar afiliado al RPM administrado por Colpensiones desde el 10 de noviembre de 1983.

En consecuencia, que se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar y a **COLPENSIONES** recibir la totalidad de los correspondientes aportes de su cuenta individual, bono pensional, rendimientos financieros, utilidades, gastos de administración y demás sumas de dinero recaudadas desde su vinculación, debidamente indexadas. Además, que se ordene a Porvenir S.A. abstenerse de reconocer derechos prestacionales y se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 12 de marzo de 1958, estuvo afiliado al RPM en CAJANAL, desde el 10 de noviembre de 1983 hasta el 31 de marzo de 1992 y que el 03 de septiembre de 1997 fue trasladado al RAIS a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. con efectividad a partir del 4 de septiembre de ese año, lo cual se efectuó sin la asesoría completa, clara y detallada de los riesgos o favorabilidad que el cambio representaba para sus intereses. Da cuenta de traslado posterior realizado el 21 de marzo de 2000, a Horizontes Pensiones y Cesantías, para finalmente, en virtud de la fusión que se registró entre esta y Porvenir, quedar afiliado en esta última. Informa que elevó peticiones de traslado de régimen ante Porvenir S.A. y Colpensiones obteniendo respuesta negativa; que también formuló petición similar ante la UGPP, obteniendo contestación negativa. Señala que las AFP no se comunicaron con el actor antes de que cumpliera los 52 años (*sic*) a fin de aclarar que podía cambiarse de régimen.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, *-en síntesis-* bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido producto de una decisión voluntaria,

autónoma y libre del demandante, quien tuvo la oportunidad durante 23 años de regresar al RPM y nunca lo hizo, de tal manera, que no hay lugar a su afiliación al RPM. Sostiene que para la fecha del traslado se le proporcionó toda la información de manera clara y no engañosa que lo indujera a error. Advierte que no puede abstenerse al reconocimiento de la pensión al actor, en el entendido que su afiliación al RAIS es válida y eficaz, razón por la cual Colpensiones no es la encargada de reconocer la pensión de vejez al demandante. Formuló como excepciones de fondo las de: buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, por lo cual no puede ser declarado ineficaz en la medida que el traslado contó con la debida aprobación del actor; no hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen toda vez que la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder de la pensión y en ese orden de ideas Colpensiones no puede realizar pronunciamiento respecto del derecho pensional pretendido, en la medida que el demandante no se encuentra afiliado al RPM. Agrega que no tuvo ninguna incidencia en el traslado del actor, que su actuación siempre ha sido de buena fe, por lo que pide que en caso de emitir sentencia favorable, se la exonere de costas. Formuló como excepciones de fondo la de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas y falta de legitimación en la causa por pasiva.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y se atiene a lo probado en el proceso. Luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de

la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y de contera para que éste resultase válido, teniendo en cuenta que si bien el actor no fue afiliado del ISS, si se reporta su pertenencia a CAJANAL, entidad que como lo precisa la Ley 100 del 93, fue administradora de dicho régimen, razón por la cual las reglas sobre ineficacia del traslado al RAIS establecidas jurisprudencialmente, son aplicables al caso en concreto.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 24 de marzo de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la excepción propuesta por Colpensiones en cuanto a no condenarla en costas; y, **iv)** oficiosamente la excepción de petición antes de tiempo.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a la ejecutoria de la sentencia a favor de COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Advirtiéndole que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, que estuvo afiliado al RPM a través de CAJANAL; que la parte demandada, omitió el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado del demandante de CAJANAL hacia el Fondo Privado de Pensiones, que no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquel, no le brindó una asesoría sobre las consecuencias, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, en fin, que no acreditó haber entregado un estudio claro y completo para que el actor hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y concluyó que procedía la ineficacia del traslado. Frente a la petición de la pensión de vejez, dijo no poder acogerla, en cuanto apenas se está tramitando la ineficacia del traslado y hasta tanto Colpensiones no tenga en su poder el traslado de los conceptos derivados del mismo, no puede estimar si se cumplen las exigencias legales para tal efecto y no hay prueba de la desafiliación del sistema.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

- PORVENIR S.A.

Manifiesta en primer lugar que debe prosperar la excepción de prescripción formulada en el escrito de contestación a la demanda. De otro lado, sostiene que no está probado que se haya incurrido en alguna afectación de la manifestación de la voluntad del actor, ya que se trató de un acto libre que derivó en la celebración de un contrato válido.

Cuestiona el acogimiento de la jurisprudencia especializada, respecto de la carga de la prueba, en la medida que con la sola afirmación respecto de la falta de información se tiene garantizado el éxito del proceso, manifestación que no puede considerarse como la única circunstancia que dio lugar a su afiliación, ya que se desconocen otros hechos más importantes como la posición laboral, formación académica del actor, y su situación personal o familiar, circunstancias que refiere no merecieron consideración alguna.

Tilda el fallo de contradictorio, porque se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración. Que al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Además que la sentencia favorece de forma desequilibrada solamente al afiliado y desconoce el costo en que incurrió la AFP por la administración.

Por último, se opone a la condena en costas arguyendo que no solo resultan excesivas, sino improcedentes, porque siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

En su discurso argumentativo, aduce que se ratifica en los argumentos expuestos al contestar la demanda. Luego trae a colación criterios de la Corte Constitucional, destacando que en estos se expresó que el periodo de permanencia obligatoria y de la limitación de traslados tiene como fin garantizar la efectividad de los principios de universalidad y eficiencia, así como la intangibilidad y sostenibilidad del sistema a través de la preservación de aquellos recursos que han formado los afiliados a dicho sistema con el fin de garantizar el pago futuro de las mesas y su reajuste periódico.

Sostiene que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría con respecto del derecho pensional, de forma que ciertos comportamientos denotan el compromiso de permanecer en el RAIS, así como el silencio frente a sus afiliaciones presume la aceptación de los efectos legales del mismo.

Discrepa de la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de traslado la libertad de escoger régimen pensional se ve menguada o adolece de vicio del consentimiento cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos siendo procedente en estos eventos el regreso automático y situación que no se evidencia en el presente asunto.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, facultad ejercida por la demandante, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un discurso argumentativo en el que enfatiza sobre la obligación de las AFP del RAIS de brindar información y el incumplimiento de este deber, con base en estos razonamientos pretende resguardar las razones sobre las cuales el A quo edificó la misma.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, por compartir en su integridad los argumentos sobre los cuales el A quo edificó su decisión, dando las razones de su asentimiento, exhorta que la misma sea confirmada.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en las apelaciones.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros, gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones e igualmente el derecho a obtener la información debida y

relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por ello, su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del

negocio jurídico del traslado, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la C.S.J.-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente: al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata de la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A., que el demandante cotizó en el RPM entre el 10 de noviembre de 1983 hasta el 31 de marzo de 1992 (Fl. 2 anexo 5 del expediente), vinculación que se revalida con el certificado electrónico de tiempos laborados CETIL expedido por el Ministerio de Hacienda, visible en el anexo 18 del expediente, que da cuenta que el pretendiente efectuó cotizaciones para pensión en la Caja Nacional de Previsión "CAJANAL", por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculado al citado RPM. Por demás, el artículo 128 de la ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo el régimen de prima media.¹ Por lo anterior, ningún impedimento legal existe para que regrese al RPM ahora a cargo en forma exclusiva de Colpensiones.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen

¹ Al respecto se puede consultar las Sentencias SL2208-2021 y SL1305- 2021.

efectuado al formulario de vinculación o traslado, se constata que el 3 de septiembre de 1997, suscribió la solicitud de traslado a la AFP PORVENIR, figurando como entidad administradora anterior CAJANAL; y, se encuentra acreditado que ulteriormente, esto es, el 21 de marzo de 2000, se trasladó a Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. (Ver folios 91 y 92 del archivo 01).

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial*- a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

En lo concerniente a la crítica que hacen las recurrentes frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que la actora afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las

afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada², la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

De otro lado, la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el

² CSJ SL-1688 de 2019.

citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeño en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a

incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

También importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados³.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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

³ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

*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 y CSJ SL1688-2019)”.*

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración.

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, el reproche examinado pierde oficio.

Pasando a otro reparo de la alzada de Porvenir, se tiene que, en su impugnación alega que frente al acto de ineficacia de traslado operó la prescripción. Al respecto, apunta Tribunal, que copiosamente en casos similares al presente, ha desestimado la prosperidad de este medio exceptivo en aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, que prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en cuanto no encontró vocación de prosperidad la aludida excepción.

En suma, efectuado el estudio integral del presente asunto, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado a Cajanal, razón por la cual, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas que prosperó en primera instancia; las otras que formuló, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las demás pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de las demandadas, serán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. DECISIÓN

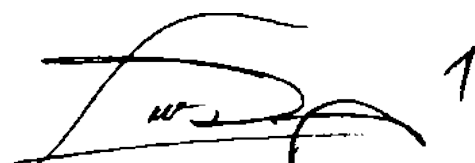
En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

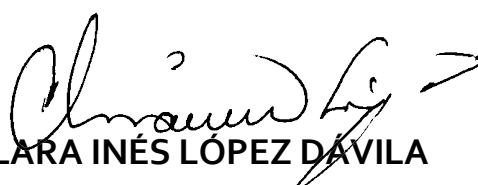
PRIMERO. ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **JESÚS ELIECER MAYA BASANTE**, en el sentido de ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar. **SE CONFIRMA la sentencia en todo lo demás.**

SEGUNDO. - CONDENAR en COSTAS en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.