

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2022-00238-01
DEMANDANTE:	MANFREDO LINSKER KAHN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 28 de febrero de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia-Perjuicios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentando por la el demandante contra la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MANFREDO LINSKER KAHN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-020-2022-00238-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare a Porvenir S.A. y a Colpensiones administrativamente y patrimonialmente responsables por violación de los reglamentos y garantías legales y constitucionales, violación al debido proceso y por graves fallas en la prestación del servicio, violación de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la digna subsistencia ocasionados al actor por el traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de lo anterior se ordene al pago de perjuicios morales al equivalente a mil gramos de oro o al tope máximo indemnizatorio establecido por el precedente jurisprudencial para el perjuicio moral al momento del fallo, al pago de perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente, daño en vida relación, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de enero de 1944. Que inicialmente se afilió al otrora ISS y, posteriormente, sin ninguna asesoría por parte de la AFP COLPATRIA fue afiliado al fondo de pensiones que administra dicha entidad, trasladándose al RAIS el día 30 de abril de 1998. Que la AFP demandada no le suministró ningún tipo de información respecto de las incidencias del traslado, ni tampoco le brindó asesoría adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarreaba el mismo. Que el 12 de agosto de 2003, efectuó traslado horizontal a la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y de igual forma tampoco se le informó de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni se les explicó cómo se liquidaba el monto de la pensión en ambos regímenes pensionales, no cumpliendo la AFP con su deber de información y buen consejo a la data del traslado. Que solicitó a PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez, siendo reconocida **el 1 de diciembre de 2006.**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que

¹ Páginas 2 a 49 Archivo 03 Expediente Digital

no existe fundamento fáctico que determine la responsabilidad del año que aduce el actor que padeció, pues desde su afiliación y durante su permanencia, ha cumplido de manera rigurosa con lo dispuesto en las normas vigentes, sumado a que, tramitó y reconoció de manera oportuna la pensión de vejez solicitada el 14 de noviembre de 2006, la cual disfruta a partir del 1° de diciembre del mismo año, en modalidad de retiro programado.

Dijo que no ha desconocido de ningún derecho fundamental, especialmente el de la seguridad social, como quiera que desde hace (16) años devenga mesada pensional, en cuantía actual de \$5.386.751.

Formuló como excepción previa la de falta de competencia de la especialidad laboral para conocer de este asunto y prescripción, y de fondo propuso las que denominó; prescripción, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia del daño o perjuicio, enriquecimiento sin causa, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, pago, desconocimiento de los propios actos, el demandante alega su propia negligencia en beneficio propio, ratificación de los actos jurídicos, desconocimiento de la celebración de un nuevo acto jurídico, restituciones mutuas y genérica.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones invocadas en su contra relativas al pago de los perjuicios irrogados, para lo cual manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente el actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la A.F.P., o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario el mismo goza de una prestación por vejez desde el 1 de diciembre de 2006.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no configuración del

derecho al pago del I.P.C , ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2023, absolvió a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra, y gravó en costas al demandante.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que conforme al criterio actual de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de los pensionados no es procedente declarar la ineficacia de traslado, por tratarse de una situación jurídica ya consolidada y un hecho consumado, sin embargo, dejó abierta la posibilidad para que este tipo de personas demanden la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conforme a la sentencia SL373-2021. En ese orden, no es objeto de discusión el demandante reconoce desde los hechos de la demanda que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Porvenir S.A., lo cual se corrobora con los documentos adosados en las diligencias.

Dijo que de las documentales y las testimoniales recaudadas en el proceso no se advierte acreditado que la AFP Porvenir S.A. le brindara información clara y suficiente al accionante acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre estos, siendo claro que no se cumplió con el deber de información en su primera etapa de evolución, misma que implica una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo el conocimiento de la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese orden, señaló que la AFP demandada incumplió el deber que le imponía entre otros, el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97, lo cual daría lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios reclamada.

Señaló que a pesar de la falta del deber legal de información por parte de la A.F.P, no era posible dar avance a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el actor no aportó al plenario un experticio técnico de las proyecciones que permitiera evidenciar el perjuicio irrogado por el cambio de régimen pensional, y ante esta insuficiencia probatoria era imposible tasar los perjuicios pretendidos.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante **MANFREDO LINSKER KAHN**, recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la jurisprudencia patria ha sido enfática que los pensionados que se han visto afectados por la falta de información de la AFP al momento de traslado pueda reclamar los perjuicios caudados al devengar actualmente una mesada muy inferior en comparación a la que obtendría en el régimen de prima media (RPM). Agregó, que con las pruebas documentales aportadas como la historia laboral y el formulario de afiliación son más que suficientes para evidenciar el daño causado al pensionado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si es procedente el reconocimiento de perjuicios a

cargo de la AFP PORVENIR S.A., e igualmente, en caso afirmativo estudiar la excepción de prescripción formulada por la pasiva.

CONSIDERACIONES

Debe señalarse en primer lugar que, no existe discusión en esta instancia en cuanto a que el señor MANFREDO LINSKER KAHN, cotizó al ISS hoy Colpensiones, del 9 de enero de 1968 al 31 de mayo de 19898 (Historia laboral carpeta 04 del ED); que se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 30 de abril de 1998, como se evidencia en el formulario de afiliación (Página 105 archivo 04 del ED); que a la parte demandante se le reconoció pensión de vejez desde el 1° de diciembre de 2006, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía de \$2.662.581 (Páginas 38 Archivo 71 a 74 Archivo 04 del ED).

Sobre la controversia planteada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*.

Ello, por cuanto la Alta Corporación consideró que la calidad de pensionado es una *“situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”*, ya que ello conllevaría a configurar *“disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*.

Sin embargo, precisó el máximo Tribunal de esta jurisdicción, que el pensionado que se considere lesionado en su derecho, puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el *petitum* de la demanda, o en

los hechos fundantes de la misma y, se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, criterio que ha sido propalado en sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, y SL1113-2022.

Sobre este último aspecto, la CSJ ha subrayado que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, tal como a continuación se indica:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”.

Ahora bien, ha de indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral, y en un caso donde se pretendían perjuicios morales a cargo de una AFP por la demora en resolver su situación pensional, estimó la Corte que, el Tribunal se equivocó al denegar la pretensión por estimar que no pertenece al ámbito laboral, y en esa dirección apuntaló:

“Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen”. (Radicación 35795 de 2010).

De igual modo, vale resaltar lo dicho en la sentencia SL924 de 2018, que a su vez replica la sentencia de radicado No 357222 de 2009, en la que, respecto a la reparación del daño, expresa:

*“Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado**”.* (Negrilla fuera del texto).

En lo que respecta propiamente a los perjuicios reclamados de quien ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3535-2021, consideró:

*“Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda -lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar**”.* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, advierte la Sala que, desde las honduras de lo jurídico procesal, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, bien sea de manera directa o principal o subsidiaria a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende que se reconozca a cargo de PORVENIR S.A. a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida.

Habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del C.S.T., uno de los principios fundamentales del mismo compendio normativo, viene a propósito colacionar los predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio,

sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. No. 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. No. 1999-00227-01).

En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. No. 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. No. C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. No. 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. No. 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. No. 2009-0014-01).

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, es preciso verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse en el *examine*, para lo cual ha de resaltarse en primer lugar que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, solo se allegó por parte de la AFP el correspondiente formulario de afiliación, y otra documental posterior al traslado; empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y suficiencia en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las

consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado, frente a lo cual ha de resaltarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo con los requisitos que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere de la efectiva asesoría integral brindada al momento del traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que no se trata solo de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr en lo futuro una pensión que mejor se acompase con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral, lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP accionada, pues se *itera*, de la documental no se deriva el cumplimiento de ese deber, ni tampoco del interrogatorio rendido por la activa, quien sobre ello no efectuó ninguna confesión.

Por el contrario, el actor al absolver el interrogatorio de parte solo se limitó a señalar que desde el 1° de diciembre de 2006, se encuentra disfrutando de su mesada pensional y que uso los excedentes de libre disponibilidad que fueron consignados con la mesada pensional de diciembre de 2006.

Ahora bien, la Sala entra a verificar si esa falta de información cualificada por parte de la AFP convocada al juicio, que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional.

Lo anterior, en efecto logra extraerse del plenario, pues aunque es cierto que el promotor no allegó experticio técnico, liquidación o cálculo al respecto, como se resaltó por el *A quo*, lo cierto es que de la historia laboral se puede advertir que el Ingreso Base de Cotización hallado con el promedio de lo cotizado por la activa en los últimos 10 años ascendía para el año 2006 a \$4.993.300, y como quiera que para tal data contaba la activa con más de las 1075 semanas de cotización exigidas en el RPM para dicha anualidad

conforme al artículo 9 de la Ley 797 de 2003, específicamente con 1451 y la edad mínima de pensión, es decir, 60 años cumplidos el 25 de enero de 2004, es clara la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiera correspondido una mesada con una tasa de reemplazo del 72.52% del IBL referenciado, en términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para una primera mesada de \$3.621.141, situación que evidentemente le significaría un mayor monto de la prestación a la que le fuera otorgada por PORVENIR S.A., a partir del 1º de diciembre de 2006 en cuantía de \$2.662.581 y por contera, se configura el elemento basilar constitutivo de la responsabilidad de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser *“directo y cierto”* y no simplemente *“eventual o hipotético”*.

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), en torno de la concreción del daño, al resaltar que: *“el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”*, lo que en efecto se presenta en el *sub examine*, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó al actor de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina *“pérdida de oportunidad”* como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual”. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil).

Para ahondar en razones, debe decirse que en todo caso, no puede desconocerse que teniendo en cuenta el IBL anteriormente aludido, la mesada

pensional de la activa reconocida por la AFP llamada a la acción equivale al 53.32% del mismo, mientras que, se insiste, la mesada pensional que le hubiere correspondido en el RPM equivaldría al 72.52%, lo que evidencia una gran afectación desde el punto de vista de su congrua subsistencia, partiendo del presupuesto que el IBL hallado por Porvenir S.A., se sustenta en los IBC o salarios reportados por el actor en los 10 años de su vida laboral.

Así las cosas, se advierte la presencia de la triada de elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada por la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos, por manera que no resultan atendibles los argumentos expuestos por la AFP al dar contestación de la demanda, sobre la ausencia de dichos elementos para la procedencia de la indemnización deprecada.

Ahora bien, procede la Sala a estudiar la exceptiva de Prescripción formulada por la demandada.

En lo concerniente a la extinción de las acciones y derechos laborales y de la seguridad social por el transcurso del tiempo, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el término de prescripción de las acciones laborales es de tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, término que resulta aplicable al presente proceso, pues debe tenerse en cuenta, tal como se expresó de manera precedente, que la acción de reparación del daño o indemnización de perjuicios no es novedosa ni ajena al derecho laboral, verbi gratia, en materia laboral se tiene la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST por culpa patronal, la que se encuentra sujeta al término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aspectos que permiten a la Sala deducir que el término de prescripción para reclamar la reparación del daño o indemnización de perjuicios por un pensionado del RAIS se deberá contar a partir de los 3 años desde el momento en que adquiere estatus de pensionado consolidado o materializado con el pleno disfrute pensional.

Del mismo modo, en sentencia SL9373-2017, respecto de la aplicación supletoria de la legislación civil frente al término de prescripción de las

acciones del trabajo, la Alta Corporación aclara que *“resulta entonces improcedente la remisión a los preceptos civiles que plantea la censura, pues, recuérdese, la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso”*, de donde se sigue que, no es necesario acudir al artículo 2.358 del Código Civil Colombiano para definir el término de prescripción de la acción de reparación del daño, aunque finalmente contemple el mismo término de 3 años, por no existir vacío normativo al existir norma especial y expresamente aplicable en materia de prescripción de las acciones laborales, no así respecto al momento en que empieza a correr el término de prescripción, puesto, se itera, por tratarse de la causación de un daño, debe contarse a partir de la perpetración del acto con el que se concreta.

En el sub examine, el actor se encuentra pensionado por vejez bajo la modalidad de retiro programado, en valor de \$2.501.932 sobre 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 1 de diciembre de 2006, lo que determina que tenía hasta el 1 de julio de 2009, para interrumpir la prescripción o acudir a la vía judicial a demandar la reparación del daño o la indemnización de perjuicios que aquí persigue, lo que en efecto no aconteció, pues la primera reclamación efectuada por el actor data del año 2015 (fl 106), en la que solicitó ante Porvenir S.A. *(evaluar el tema de cálculos actuariales, se aprecia el perjuicio causado a mi prohijado con la afiliación en el sistema RAIS, PORVENIR)*, y la demanda incoada solo hasta 29 de marzo de 2022, es decir resulta claro que por fuera del término de 3 años de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que habrá de declararse probada la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada, pero por los motivos expuestos en precedencia. Costas en esta instancia a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

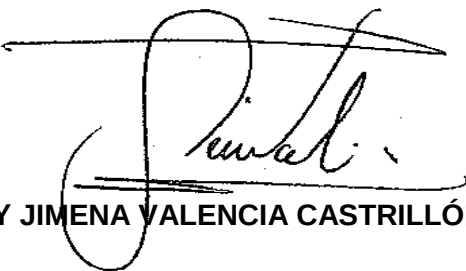
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de Prescripción formulada por PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **MANFREDO LINSKER KAHN.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
ACLARA VOTO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001310503020130119004
DEMANDANTE:	JEANNETTE QUIÑONES MONTEALEGRE
DEMANDADO:	AFP PROTECCIÓN S.A, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. Y METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 01 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de Invalidez-nulidad de dictamen.
DECISIÓN:	CONFIRMA.

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del 1° de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **JEANNETTE QUIÑONES MONTEALEGRE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS.** con radicado No. **11001310503020130119004.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral es del 52.60%, y se tome como fecha de estructuración el 10 de junio de 1997 o con anterioridad a esta; consecuente a ello, se condene a la administradora Protección Pensiones y Cesantías S.A. a reconocer y pagar la pensión de invalidez y las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que adquirió el status, cuyo monto solicita sea indexado a la fecha en que se haga efectivo el pago, todo lo anterior aparejado con costas procesales.

En lo cardinal hizo consistir la causa petendi en los siguientes hechos **(i)** Que, para el año 1997 laboró como mesera en una pizzería, que trabajó en dicho lugar hasta el 10 de junio de 1997; **(ii)** Que su empleador realizó aportes al subsistema de pensiones hasta el periodo de julio de 1997, **(iii)** Que en marzo del símil año se separó de su compañero permanente, con quien tuvo una hija, hecho que la afectó emocionalmente de manera grave, **(iv)** Que el 10 de junio de 1997, fue hospitalizada por sufrir un primer episodio de enfermedad mental cuyo diagnóstico fue *“síndrome depresivo ansioso. Episodio disociativo, trastorno depresivo a especificar con síntomas psicóticos”*; **(v)** Que el 20 de junio de ese año salió de la clínica y se le prescribió control ambulatorio y medicamentos, otorgándole una incapacidad por 12 días, **(vi)** Que desde el 10 de junio de 1997 se retiró de su empleo porque su enfermedad no le permitía realizar labor alguna; que ha estado sometida a tratamientos con antipsicóticos sin embargo en octubre de 1997, junio de 1998 y octubre de 2002 sufrió recaídas, siendo hospitalizada y en ocasiones incapacitada, **(vii)** Que en diciembre de 2007, según epicrisis clínica fue hospitalizada por crisis de ansiedad y síntomas psicóticos. **(viii)** Que, en enero 2010 sufrió otra recaída, siendo diagnosticada con esquizofrenia paranoide, **(ix)** Que asistió a controles durante todo el año 2010 e inicio del 2011, que en septiembre de 2011 fue valorada por psiquiatría y se le dio la primera incapacidad laboral por 30 días; que en octubre y diciembre se le otorgaron la segunda y tercera incapacidad por 30 días; **(x)** Que, el 4 de mayo de 2012 la compañía de seguros Bolívar S.A, emitió dictamen de calificación de invalidez en el cual dictaminó una pérdida de capacidad laboral del

¹ Ffls. 101-106. 109-113 Expediente escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

53.60%, con fecha de estructuración del 8 de septiembre de 2011 y de origen común. **(xi)** Que, inconforme con la fecha de estructuración impugnó el anterior dictamen, siendo resuelto por la Junta Regional de Bogotá, el 29 de junio de 2012, la cual modificó la Pérdida de Capacidad Laboral en 52.60%, de origen común y como fecha de estructuración el 1 de julio de 1998, **(xii)** Que, frente a la anterior decisión, la actora y la entidad Seguros Bolívar S.A., interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, frente al primero la Junta Regional de Calificación de Bogotá ratificó en su totalidad el Dictamen No. 39653030 de 29 de junio de 2012, al resolver el recurso de apelación, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó mediante dictamen del 8 de noviembre de 2012, modificar la fecha de estructuración y señalando como fecha hito, el 8 de septiembre de 2011. **(xiii)** Que, el 27 de mayo de 2013, la sociedad de Protección de Pensiones y Cesantías, le negó el reconocimiento de la pensión debido a que no cumple con el requisito de tener 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa expuso, que el dictamen rendido tanto por Seguros Bolívar S.A. como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableció como fecha de estructuración el 8 de septiembre de 2011, data en la cual se expidió la primera incapacidad médico laboral continua y en la cual pierde verdaderamente su capacidad laboral, de forma permanente y definitiva. Agregó que, dentro del periodo del 8 de septiembre de 2008 al 8 de septiembre de 2011, no cotizó semana alguna. Por último, señaló que la actora debe demostrar los errores que endilga a los dictámenes de calificación emitidos por las Juntas y hasta tanto no tiene derecho a la pensión de invalidez por no cumplir los requisitos de la Ley 860 de 2003.

Ffls. 124 a 141 Expediente escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso la excepción previa de “Falta de integración del contradictorio con compañía de Seguros Bolívar S.A. y AIG COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A”. Como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, Exequibilidad del requisito de 50 semana de cotización en los últimos tres años por no ser contrario al principio de progresividad, Buena fe, Carencia de capacidad laboral de la demandante a partir del 8 de septiembre de 2.011, Inexistencia de intereses de mora, Compensación – incompatibilidad del pago de mesada pensional por invalidez con el pago por incapacidad médica e Innominada.

En escrito aparte, llamó en garantía a la Compañía De Seguros Bolívar y a AIG COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. hoy METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., bajo el argumento que se trata de la aseguradora con la que la AFP contrató el seguro de invalidez y de sobrevivencia, el cual otorgaba la cobertura para reconocer la suma adicional requerida para financiar una pensión de invalidez.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Mediante, providencia del 7 de mayo de 2014, se tuvo por no contestada la demanda, al allegarla de manera extemporánea.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

A través de Auto del 23 de mayo de 2014, el Juzgado de origen admitió el llamamiento en garantía formulado por Protección S.A. Ahora bien, la Compañía de Seguros Bolívar S.A.³. dio contestación y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento que la demandante no cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha en la cual se estructuró la invalidez, razón por la cual no es procedente reconocer la pensión de invalidez en su favor. Adujo que, para el 10 de junio de 1997, data que señala la actora para establecer la fecha de estructuración, no es acorde a la realidad, pues para ese momento no había una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, ya que tal y como se advirtió de los controles realizados entre dicha fecha hasta el 8

³ Folios 248-261, Proceso escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de septiembre de 2011, la actora presentaba un estado de salud adecuado, que no le impedía trabajar.

Continuó su argumentación precisando que, no hay motivo para desconocer la calificación realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues no existe prueba fehaciente de la existencia de una irregularidad en el procedimiento o de ausencia de pruebas para adelantar la calificación, como tampoco se evidencia error grave.

Propuso como excepciones de fondo, las que denominó: El dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se encuentra ajustado a derecho, Incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión pretendida, Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Inexistencia de la obligación para los periodos de 1997 y 1998 y prescripción.

METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. (antes ALICO COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.)⁴

La Compañía de seguros METLIFE COLOMBIA S.A. con frontal oposición a las pretensiones, adujo coadyuvar la oposición hecha por la AFP PROTECCIÓN S.A., estimó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez confirmó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero fijó la fecha de estructuración de la misma el 8 de septiembre de 2011, estando vigente por estar ajustado a derecho y dictaminado por médicos profesionales.

Frente al llamamiento en garantía precisó que la póliza expedida por METLIFE SEGUROS solo estuvo vigente hasta el año 1998, que cuando se configuró el siniestro el contrato de seguro ya no existía y por ende no puede predicarse la configuración del siniestro.

⁴ Folios 318 a 335 proceso escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Genérica, Inexistencia de la obligación por no haberse configurado un siniestro, Inexistencia de obligación alguna a cargo de METLIFE Colombia Seguros de Vida y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1° de junio de 2022, resolvió modificar el dictamen No. 39539030 de fecha 8 de noviembre de 2012 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el sentido de establecer como fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2009, en consecuencia, absolvió a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones y gravó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, argumentó que en el caso concreto se han realizado dos dictámenes periciales a fin de determinar la fecha de estructuración de la demandante, que decidió tener en cuenta el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el cual precisó que la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante era el 3 de diciembre de 2009 y no así el emitido por la Universidad Nacional, toda vez que, el dictamen proferido por la Junta tuvo en cuenta las mismas pruebas que se valoran en el dictamen que se reprocha, como también hechos nuevos, que se analizó cada situación específica conforme a las reglas aplicables y se limitó a dar respuesta a los requerimientos realizados por el Despacho.

Respecto del dictamen emitido por la Universidad Nacional, señaló que no se tendría en cuenta ya que realizó conclusiones que no le fueron pedidas, que pese a que el Despacho solamente solicitó fijar fecha de estructuración, la Universidad Nacional se extralimitó emitiendo concepto respecto de la Pérdida de Capacidad Laboral, aunado a ello, arguyó el *A quo*, que el Departamento de medicina de la Universidad Nacional debió crear un grupo interdisciplinario, no solo compuesto por un médico especialista en salud ocupacional, sino con varios profesionales que pudieran dar fe de las valoraciones de forma integral, con el fin de establecer la fecha de estructuración.

Por lo anterior, dispuso, basado en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante es 3 de diciembre de 2009, indicó que si bien es cierto, la parte demandante presentó objeciones al dictamen de la JNCI, argumentando error grave y que se omitió valorar la totalidad de la historia clínica, no es menos cierto que en el caso concreto no se configura error grave, toda vez que el demandante objeta la conclusión a la que llegó la Junta, más no los aspectos que demuestren que el dictamen no cumplió con el objeto encomendado o que se utilizaron reglas, procedimientos o determinaciones contrarias a la realidad fáctica y jurídica, como también que no se allegó otro dictamen que sustente y evidencie la existencia del error grave.

Finalmente, el Juez de Instancia, declaró que la demandante no reúne los requisitos para que se reconozca en su favor la pensión de invalidez, pues, a pesar de tener una PCL superior al 50%, no cumple con las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, es decir al 3 de diciembre de 2.009.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que, no debió tenerse en cuenta lo plasmado en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez ya que, el mismo no es imparcial, máxime cuando se profirió en aras de modificar un dictamen previamente emitido por la misma entidad, aunado a ello, argumentó que el dictamen que más se ajusta a la historia clínica y a la normativa es el emitido por la Universidad Nacional, que ratificó la fecha de estructuración señalada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dictámenes que cuentan con suficiente soporte técnico.

Continuó su argumentación precisando que, la Universidad Nacional al proferir su dictamen pericial se basó en los mismos criterios que la Junta Regional de Calificación de Bogotá, debiéndose modificar la fecha de estructuración al 1 de julio de 1998, y en atención a ello, reconocer a pensión de invalidez a la demandante de acuerdo al artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si es procedente modificar la fecha de estructuración de la Pérdida de Capacidad Laboral de la demandante teniendo en cuenta el dictamen pericial emitido por la Universidad Nacional, que ratificó el emitido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá. En caso afirmativo, determinar si la actora tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado es obligatorio referir que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1352 de 2013, las Juntas de Calificación de Invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones, en principio, son de carácter obligatorio, y tienen como finalidad, la evaluación técnico científica del origen y el grado de pérdida de la capacidad laboral de aquellas personas que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 52 de la Ley 962 de 2002 y adicionado por el 18 de la Ley 1562 de 2012, el estado de invalidez de un afiliado al Sistema general de pensiones, debe establecerse mediante la valoración científica que efectúan entre otras, las administradoras de fondo de pensiones, las ARL-, las compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte y las EPS. Esto, con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez expedido por el Gobierno Nacional. Calificaciones que pueden ser sometidas a consideración de las Juntas de calificación de invalidez del orden regional en primera instancia y apelables ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dichas experticias también son controvertibles ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Siendo pertinente señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta no son intocables y que el Juez laboral y de la Seguridad Social tiene la potestad de analizar los hechos demostrados, es decir, el entorno fáctico y el conjunto de circunstancias a partir del cual se dio la calificación, sin embargo, dicha facultad tiene un límite. En sentencia SL1044 del 20 de marzo de 2019 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, dijo la CSJ:

“De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...) Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ella, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es

el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías". (Subraya la Sala).

Como se anotó, se cuestiona la validez del dictamen del 8 de noviembre de 2012, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Expertizó que se encuentra en firme luego de que en una primera oportunidad fue calificado por Seguros Bolívar S.A. y en primera instancia la Junta Regional de Calificación de Bogotá D.C. Se argumenta por la recurrente que la fecha de estructuración a tener en cuenta es el 1 de julio de 1998, por ser la fecha de una valoración por psiquiatría en la que se diagnosticó **esquizofrenia paranoide**. Esto hace necesario auscultar el material probatorio, constituido fundamentalmente por la prueba científica documental.

Se evidencian en el plenario cinco dictámenes de calificación realizados a Jeannette Quiñones Montealegre. **El primero fue emitido el 4 de mayo de 2012**, por Seguros Bolívar S.A. bajo el número 2012-39539030, que determinó la data de estructuración del 8 de septiembre de 2011, fecha del concepto de psiquiatría en la que emite el diagnóstico final con mal pronóstico de recuperación laboral e inicio de las incapacidades médico laborales continuas. **Le sigue el No. 39539030 del 29 de junio de 2012**, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que bajo la patología «Esquizofrenia Paranoide», modificó la fecha de estructuración al 1 de julio de 1998 y estableció una pérdida de capacidad laboral del 52.60%.

Decisión que fue recurrida por la incoante bajo el argumento de que «(..) *toda vez que mi enfermedad de carácter común se estructuró como mínimo el 10 de junio del año 1997, lo cual se corrobora de las historias clínicas anexadas(..)*» Por tanto, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez Sala N.º 4, mediante dictamen del 8 de noviembre de 2012, modificó la decisión emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, precisando que **no** es procedente tomar como fecha de estructuración el 1 de julio de 1998, toda vez que, *“(..) la sala cuatro de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con los fundamentos de hecho y derecho expuesto considera que no se puede fijar la fecha de estructuración de la invalidez para el día que se hace la primera consulta, sino que de acuerdo con el manual*

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

único de calificación de invalidez se alcanza la PCL del 50%, en este caso según el capítulo XII tabla 12.4 además de los 10 años de evolución presenta un delirio sistematizado y dificultad para el desarrollo consiente y voluntario de desarrollo de las actividades. Esto se demuestra en la evolución del **8 de septiembre de 2011** (...).”.

El cuarto experticio No.076187 del 13 de mayo de 2015, de la sala No. 1 Junta Nacional de Calificación de Invalidez, asignó como fecha de estructuración la fecha de 3 de diciembre de 2009. Oportunidad en la que señaló «*Dado que se calificó con 30.0% por el trastorno psiquiátrico, es claro que, en el año 1997, la paciente le inicio el cuadro clínico y estuvo en crisis, con síntomas delirantes, no obstante, no presentaba los 6 meses de evolución y por ello no es posible estructurar la pérdida de capacidad laboral para ese año. En los años subsiguientes, presentaba crisis que cedían, sin evidenciarse en la historia clínica cuadro de 6 meses de crisis, razón por la cual no se puede estructurar la pérdida de capacidad laboral, para esos años. Ahora bien, la paciente ha presentado varias crisis que requirieron de hospitalización, siendo la última el día 3 de diciembre de 2009, en donde se observa un cuadro agudo con reactivación de síntomas, presentando actitud alucinatoria, síntomas psicóticos, por tal hecho, al considerar que es su máximo deterioro es para este momento la fecha de estructuración.* (..).

Dictamen anterior que se dio luego de que el sentenciador de primera instancia decretase como prueba pericial enviar a Jeannette Quiñones Montealegre ante dicha autoridad, a fin de que fuera calificada de manera integral y se estableciera la fecha de estructuración conforme a la historia clínica y demás exámenes necesarios. Prescripción legal que la entidad atendió a cabalidad.

En los mismos términos, por decisión del *A quem*, se decretó la prueba pericial solicitada por la parte actora y se ordenó a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia emitir concepto frente a la fecha de estructuración de la patología diagnosticada. **El último expeticio fue dado por el médico Santiago Buendía Vásquez, de fecha 6 de septiembre de 2016**, quien concluyó como fecha de estructuración 1 de julio de 1998, bajo el argumento que está de acuerdo con lo esgrimido por la médica ponente de Seguros Bolívar S.A.

para asignar la fecha de estructuración con un diagnóstico definitivo de esquizofrenia paranoide, por tanto, para esa dato existía un diagnóstico final, pues no desaparece y se controla en algunos casos, existe un mal pronóstico de recuperación, siendo evidente por ser el tercer episodio de enfermedad mental y la segunda hospitalización por una grave y crónica enfermedad, que le originó sendas incapacidades médicas.

Ahora bien, el artículo 3° del Decreto Número 1507 de 2014, señala que se entiende como *“Fecha de estructuración: (..) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”*. (Negrilla nuestra).

De igual forma, es importante señalar que, según lo adocitrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **la fecha de estructuración no siempre coincide con la ocurrencia de la enfermedad, pues las secuelas se pueden manifestar con posterioridad, lo que permite determinar el momento en el que se produce de manera definitiva la disminución de la capacidad laboral de la persona**, véase la sentencia SL1041-2022, que instruyó lo siguiente:

“No empecé, también ha considerado que, bajo ciertas condiciones, la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de ocurrencia del infortunio, por cuanto sus secuelas, pueden manifestarse posteriormente. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL366-2019, se adocitrinó:

Al respecto, la Sala ha adoctrinado que el derecho pensional por invalidez surge precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente, en este caso, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, a partir de la fecha de estructuración que ella determine y que la normativa aplicable es la vigente en ese momento. Precisamente, en la sentencia CSJ SL 38614, 26 jun. 2012, expresó:

Estima la Sala que del citado experticio no se infiere que la Junta Nacional demandada hubiera cometido un grave error al considerar que la invalidez del demandante no se había estructurado el mismo día en que sufrió el accidente, sino aquel en que le fue amputado su miembro inferior izquierdo, pues esta Corporación es del criterio de que no siempre la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la de ocurrencia del accidente.

En efecto, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 26 jun 2012, Rad. 38614, en la que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 4 sep 2007, Rad. 31017, explicó:

(...) cabe aclarar, para despejar equívocos, que la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de ocurrencia del accidente, pues puede suceder que sus secuelas se manifiesten con posterioridad, y en lo concerniente a la calificación se tienen en cuenta las normas vigentes en la fecha en que esta se hace o se consolida la discapacidad y no las vigentes en el momento en que se produjo el siniestro laboral, conforme lo determinó la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2007, radicado 31.017, donde dijo:

“(...) la fecha de estructuración del estado de invalidez es la que determina la normatividad aplicable cuando se trata de discernir el derecho a las prestaciones económicas por ese riesgo (...).

“El estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo; es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente paulatinamente, y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente (...).

Y es que, según se analizó en precedencia, puede suceder que luego de ocurrido un accidente que genere algún tipo de pérdida de la capacidad laboral se intente recuperar dicha capacidad a través de diferentes tratamientos médicos y terapéuticos, que en no pocas ocasiones pueden resultar exitosos. Pero solo cuando tales tratamientos no repercuten en una mejoría del estado de salud del afiliado, o por cualquier motivo se renuncia a ellos, es que se estructura la invalidez. Es decir, la invalidez se estructura, no necesariamente en la fecha del siniestro, sino en la fecha en que se determine que no existen posibilidades de mejoría o curación del paciente, como en este caso,

donde ante la falta de eficacia del tratamiento terapéutico y farmacológico suministrado al actor (Folios 37 a 47), se toma una medida como la amputación del miembro afectado.

En el anterior contexto y descendiendo al caso que nos ocupa, considera la Sala que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no incurrió en un error grave al determinar como fecha de estructuración de la invalidez del actor, aquella en que le fue amputada su pierna izquierda, **pues fue en dicha data cuando se perdió cualquier posibilidad de tratar las secuelas que le había dejado el accidente** de tránsito que había sufrido algunos años atrás (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Bajo los anteriores derroteros es preciso determinar que, conforme a la historia clínica aportada, los dictámenes practicados y demás documentales obrantes en el plenario, se evidencia lo siguiente:

- El 10 de junio de 1997, la actora ingresó a la Clínica Nuestra Señora de la Paz por el diagnóstico de síndrome depresivo ansioso y episodio disociativo. Se resalta “3 meses de evol después de separación conyugal (post un año de UL), hace 4 días hiporrexica, disminución del sueño (..). primer episodio de enfermedad mental y primera hospitalización.
- 2 y 3 de octubre de 1997, ingresó a la Clínica Inmaculada por el síndrome depresivo ansioso, episodio disociativo. (Cuadro de 7 meses de evolución después de separación de su esposo con quien vivió un año, anorexia, insomnio mixto, ansiedad, llanto fácil, temblor.
- El 18 de junio de 1998, la actora fue ingresada en la Clínica Inmaculada bajo los diagnósticos de «esquizofrenia paranoide» y «componente catatoniforme», en dicha epicrisis se señaló; que trabaja como mesera y que convive con sus padres y hermanos.
- 26 de junio de 1998, valoración por psiquiatría, en la que señala que es una paciente en buen estado general, sin mayores cambios. Tolera bien manejo actual.
- 3 de diciembre de 2007, valoración por psiquiatría, aduce el aparte clínico que desde hace dos días viene presentando ansiedad, llanto, angustia, niega alucinaciones auditivas, ideas delirantes, miedo, tristeza, que hace dos días no volvió a tomar medicamentos los

síntomas se exacerbaron, por lo cual viene, tiene antecedentes esquizoafectivo. (..) alterada, análisis paciente en crisis de ansiedad y síntomas psicóticos se hospitaliza y se coloca regular del afecto tipo ácido valproico y se le deja clozapina esperando el cuadro hemático (..).

- 28 de enero de 2008, fue valorada por psiquiatría por la Dra. Deyanira Ortiz, quien señaló que, atendiendo a los antecedentes y su evolución, decide continuar tratamiento con ácido.
- 3 de diciembre de 2009, la accionante es hospitalizada por reactivación de síntomas dados por ansiedad, llanto fácil, inquietud, alternados con inmovilidad conducta heteroagresiva por lo cual es ingresad desde el 3 de diciembre de 2009 hasta el 23 de enero de 2010.

Como lo extractó el Juez y no se discute en las pruebas aportadas al plenario, la actora fue diagnosticada por la enfermedad de depresión para el 10 de junio de 1997, que ocasionó que estuviera hospitalizada, luego para el 1 de julio de 1998 fue diagnosticada con esquizofrenia paranoide. Sin embargo, no puede inferirse que desde ese momento perdió cualquier opción de recuperación de su estado de salud pues, para dicha calenda se *encontraba* laborando para la empresa «expresión y comunicación editores S.A. EXPRECOM», según da cuenta su historia laboral, y de igual forma, desde el 1 de julio de 1998, transcurrió un espacio de once años, en que la actora asistió a controles con psiquiatría por crisis controladas, siendo su hospitalización del 3 de diciembre de 2009, donde se observó un cuadro agudo con reactivación de síntomas, data en que evidencia que perdió ostensiblemente su capacidad de laboral.

Por otro lado, si bien la entidad que emitió el Dictamen pericial es la misma que profirió el que se discute en el proceso, no se trata de las mismas salas calificadoras, pues el primero fue proferido por la Sala No. 1 compuesto por los médicos Édgar Humberto Velandía Bacca, Emilio Luis Vargas y la psicóloga Luz Helena Cordero Villamizar, mientras, que el dictamen controvertido fue proferido por la Sala No. 4, conformada por los médicos Álvaro Garzón Treffry, Manuel Humberto Amaya Moyano y la fisioterapeuta Gloria María Maldonado. En consecuencia,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

estima la Sala, que no es de recibo el argumento de parcialidad por parte de la recurrente, pues como se explicó se trató de dos salas diferentes integradas por diferentes médicos, resaltándose que en el Dictamen Pericial que fue decretado por el juez de conocimiento fue analizado por una experta en psicología, mientras que en el discutido en la apelación compareció una fisioterapeuta, aspectos que hacen disímiles los conceptos emitidos, vélgase decir por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en sus diferentes salas.

En efecto, del comparativo de las citadas pruebas científicas, los aspectos diferenciadores son mínimos de cara al reparo que la actora efectuó en su recurso apelación, el cual se encontró dirigido a cuestionar que, la fecha de estructuración a tomar sea el 3 de diciembre de 2009, pues la JRCI de Bogotá en su momento determinó que el 1 de julio de 1998, la actora fue valorada por psiquiatría siendo diagnosticada de esquizofrenia paranoide, criterio que fue ratificado por el médico perito de la Universidad Nacional. Empero, revisada la valoración médica de la Sala No. 1 de la JNCI en la pericia que se efectuó por virtud de la prueba decretada por el *A quo*, en la que se tuvo en cuenta el diagnóstico de Esquizofrenia Paranoide, junto con una valoración por especialistas, exámenes o pruebas paraclínicas, epicrisis o resumen de la historia clínica en su totalidad, lo que llevo a la conclusión que la fecha de estructuración era el 3 de diciembre de 2009, bajo el argumento que dicha data corresponde al momento en que se generó una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Se advierte además que la Junta Nacional para emitir el dictamen, requirió la presencia de la actora para ser valorada o examinada. Efectivamente, en el documento emanado de dicho organismo y soporte de su decisión, consta de dos valoraciones realizadas el 30 de abril de 2014, una valoración médica y otra por psicología, en la primera señaló «Paciente quien consulta por cuadro de Esquizofrenia Paranoide, que está en proceso desde hace mucho rato. **Dice que se enfermó y estuvo interna en la Clínica de la Paz en el año 1997.** Dice que ha estado hospitalizada 4 veces (inmaculada, Retornar), y ha estado en tratamiento constante. Dice que la última crisis fue en el año 2009. Dice que oía voces, en la crisis, y en una ocasión al escuchar las voces fue a buscar un sacerdote porque sólo pensaba en Jesús. (..) examen físico. Aceptable, estado general aparente.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Buena presentación personal. Coherente en su discurso (..). En la segunda valoración por psicología, determinó lo siguiente «ingresa caminando por sus propios medios, establece contacto verbal y visual de manera espontánea, con buena presentación personal, es buena informante de su historia personal. Manifiesta que tuvo su primera crisis psicótica en 1997, fue hospitalizada clínica de la Paz. En esa época trabajaba como mesera, quería seguir trabajando, pero no puedo por su estado de salud, las situaciones estresantes la afectan, se dedicó a cuidar a su hija y siempre ha estado medicada. Refiere varias hospitalizaciones, la última fue en el 2009».

Luego de un recuento de su historia clínica desde el 10 de junio de 1997 hasta 11 de octubre de 2013, concluyó que la última hospitalización por esquizofrenia paranoide fue desde **el 3 de diciembre de 2009 al 23 de enero de 2010** por síntomas psicóticos, observando un cuadro agudo con reactivación de síntomas, presentando actitud alucinatoria. Por tal hecho, dictaminó que su máximo deterioro de salud fue para el 3 de diciembre de 2009.

Así mismo, si se tiene en cuenta que el concepto pericial de invalidez proferido por la Universidad Nacional de Colombia, solo contó con la participación única del médico en salud ocupacional el Dr. Santiago Buendía, no se valoró a la demandante sino únicamente procedió a realizar una revisión de la historia clínica o epicrisis de la misma desde el 10 de junio de 1997 hasta el 11 de octubre de 2013. Luego de dicho recuento, consideró que, para el 18 de junio de 1998, la actora ingresó a la clínica al presentar un cuadro persecutorio, pues señaló que todas las personas estaban pendientes de ella y oía voces que le decían que se iba a morir, sentía una presencia maligna, siendo dada de alta el 1 de julio de 1998. Siendo diagnosticada con esquizofrenia paranoide.

Del análisis de ambos dictámenes, se advierte que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en calidad de perito, pudo constatar luego de unas valoraciones presenciales con un equipo interdisciplinario conformado por una profesional experta en psicología, que, atendiendo al diagnóstico de la demandante, la fecha en que perdió su capacidad laboral de forma permanente y definitiva fue el 3 de diciembre de 2009 y no el 1 de julio de 1998,

pues si bien para la última calenda inició el cuadro clínico por el trastorno clínico, y estuvo hospitalizada por esquizofrenia paranoide, conforme lo registra su historia clínica, sus cuadros repetitivos delirantes continuaron por muchos años, agravándose para el 3 de diciembre de 2009, data en la que estuvo hospitalizada por un cuadro agudo en sus síntomas, presentando actitud alucinatoria, síntomas psicóticos, siendo su máximo deterioro en su salud que generó esa pérdida en su capacidad laboral definitiva, pérdida que no fue objeto de reproche.

Por lo tanto, se advierte que la Sala No. 1 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen No.076187 del 13 de mayo de 2015, analizó el estado real y actual de salud de la promotora del juicio conforme las valoraciones físicas que particularmente le realizó en contraste con su historia médica, sin que obre medio de convicción adicional que logre desvirtuar las conclusiones allí adoptadas. En consecuencia, le correspondía a la actora orientar su esfuerzo probatorio para demostrar los hechos en los que funda sus inconformidades, allegando los medios de prueba idóneos para rebatir las conclusiones del dictamen y de paso llevaran a la convicción que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral era el 1 de julio de 1998.

De esta suerte, solo a partir del 3 de diciembre de 2009, se estructuró la invalidez de la actora, toda vez que, en esa fecha, mediante evaluación funcional se dictaminó que la paciente tenía un pronóstico de recuperación no favorable, es decir, **solo desde ese instante se obtuvo certeza de la imposibilidad de recuperación.**

Así que no erró el Juez singular al adoptar la fecha de estructuración dada en el dictamen No.076187 del 13 de mayo de 2015, y tomar el 3 de diciembre de 2009, cuando se determinó que no había posibilidad de recuperación. Las anteriores consideraciones son más que suficientes para confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

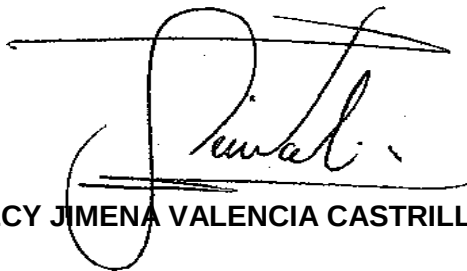
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 1 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ