



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DR. LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO DE EDSON JAIR LIZCANO CABRERA y JENNY PAOLA RODRÍGUEZ CORTES en nombre propio y en representación del menor JEISON DANIEL LIZCANO RODRÍGUEZ contra SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. y LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA

RADICADO n.º 1100131 05 036 2015 00706 01

Bogotá D.C., 29 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

Se solicitó en la demanda, declarar que el accidente de trabajo que sufrió el Señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, el 29 de noviembre de 2013, fue por culpa exclusiva de SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. en su condición de empleador. Como consecuencia de la anterior declaración, se solicitó la imposición a la demandada SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. y solidariamente a LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA, al pago de los siguientes perjuicios: Por lucro cesante \$ 17.785.053; por lucro cesante futuro \$ 170.744.204; por perjuicios morales \$ 117.900.00; por alteración a las condiciones de existencia \$

210.258.160; más los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Bancaria; para un total de \$516.957.417.

Como fundamento de las pretensiones, el demandante manifestó que el 16 de septiembre de 2013, suscribió contrato de trabajo con SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., para desempeñar el cargo de ayudante de instalación. Que el 29 de noviembre de 2013, sufrió un accidente de trabajo al caer desde un piso 6, por un foso de ascensor que no contaba con señalización de peligro, mientras se encontraba realizando la labor de verificación y empalme, en un edificio en la ciudad de Neiva. Que la ARL COLMENA, le reconoció pensión de invalidez, a partir del 1° de febrero de 2015, debido a pérdida de capacidad laboral del 68.05% (folios 1-18).

II. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Al contestar la demanda SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, por considerar que el accidente de trabajo, ocurrió por culpa exclusiva del demandante EDSON JAIR LIZCANO CABRERA. Propuso como excepciones las de transacción, falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de obligaciones de la demanda, incumplimiento de las obligaciones del demandante, ausencia de culpa de la demandada y culpa exclusiva del demandante (folios 66-86).

Por su parte, el demandado LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA, dio contestación al escrito de demanda como se observa a folios 355-374, en la cual se opuso a las condenas solicitadas en su contra, indicando que no tiene responsabilidad en la ocurrencia del accidente de trabajo del demandante. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no responsabilidad del demandado, falta de legitimación en la causa por activa, transacción, ausencia de culpa del demandado, cumplimiento de las obligaciones de la demandada SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., incumplimiento de las obligaciones del demandante y culpa exclusiva del demandante.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 21 de agosto de 2019, de la siguiente manera:

“PRIMERO: ABSOLVER a la empresa SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. y al señor LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el Señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, y la señora JENNY PAOLA RODRÍGUEZ CORTÉS, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo JEISSON DANIEL LIZCANO RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte accionante, en su liquidación debe incluirse la suma de \$450.000, a título de agencias en derecho.

TERCERO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.”
(folio 429).

IV. APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, sustentado en que el demandante no contaba con la seguridad requerida por parte de la empresa, como quiera que al trabajar expuesto a un pozo donde se estaba haciendo la instalación de un ascensor, debían existir para garantizar la seguridad, las mallas, tablonos o rejas como barrera de protección. Insistió que no se trataba de la falta de elementos de protección personal al momento del accidente, sino de las medidas de seguridad que no fueron tomadas por el empleador.

Agregó el recurrente, que la empresa se encontraba en la obligación de verificar que el trabajador entrara a la obra con el arnés, pues para efectuar las labores eran necesarias las líneas de vida, así como las barreras de protección.

Indicó que el trabajador había cumplido un doble turno, porque había entregado entre las 6:00 a.m. y 7:00 a.m., y recibido nuevamente a las 2:30 p.m., encontrándose exhausto.

Finalizó señalando, que de acuerdo a las Sentencias 21629 del año 2003 y 23656 de 2005, se encuentra probado el nexo de causalidad entre el percance repentino generador del daño, y la prestación del servicio bajo subordinación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente caso, se encuentra plenamente

demostrada la culpa del empleador SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., en el accidente que sufrió el Señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, el día 29 de noviembre de 2013. En caso afirmativo, determinar si hay lugar a reconocimiento y pago de las condenas solicitadas, si estas están probadas y, si éstas deben ser asumidas solidariamente por SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. y LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA.

DE LA CULPA PATRONAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO

En esta instancia no existe discusión frente a la existencia de un contrato de trabajo, entre el señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA y la empresa SOLUCIONES VERTICALES S.A.S.; tampoco sobre la ocurrencia del accidente de trabajo el día 29 de noviembre de 2013, hechos invocados por el actor y aceptados por la demandada, tal como se puede verificar en el escrito de la demanda y el de su contestación, así como con las pruebas debidamente allegadas al proceso, que acreditan que la ARL reconoció la prestación por invalidez de origen laboral.

Los interrogatorios de parte y testimonios que se recibieron acreditaron lo siguiente:

- Del interrogatorio de parte realizado al representante legal de la empresa demandada, Señor ÁLVARO ALIRIO GUTIÉRREZ GIRALDO, se desprende que aunque no se encontraba presente al momento de la ocurrencia de accidente de trabajo, le consta que antes de que el demandante entrara a la obra, se verificó la condición del trabajador, así como los

elementos de seguridad que se exigían en la obra. También señaló, que el actor tenía entrenamiento de trabajo en alturas y conocía los riesgos de caer y no estar protegido.

- Del interrogatorio de parte al actor, Señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, se pudo establecer que contaba con experiencia para el trabajo que iba a realizar y que conocía que debía portar los elementos de protección personal. En cuanto al accidente, narró que iba subiendo al piso 11, y que por lo tanto no tenía puesto el arnés por no ser necesario; que se detuvo en el piso 7 a descansar, pero que de ahí en adelante no recuerda qué pasó, puesto que al día de hoy no sabe cómo llegó al pozo del ascensor. Afirmó que ese día se encontraba trasnochado, porque durante el transcurso de la semana había trabajado de 10:00 p.m. hasta las 6:00 a.m., y que ese viernes, su jefe inmediato le indicó que entraba en el horario de la tarde, por lo que recibió el empalme y alrededor de las 2:45 p.m. sucedió el accidente. También dijo que ese día se encontraba vestido con overol, casco, botas y guantes, pero no el arnés.

- Del testimonio del señor GERMÁN POSADA BERNAL, se pudo establecer que ocupa el cargo de Director de Operaciones de Instalaciones en la empresa INSTALACIONES VERTICALES S.A.S., que para la fecha del accidente de trabajo, se encontraba en la ciudad de Bogotá. Que recibió la llamada de un compañero del demandante, quien le indicó que éste se había accidentado. Señaló que en un principio le dijeron que el actor simplemente se había caído, pero en otra llamada le explicaron que éste habría

tratado de manipular la diferencial que estaba instalada fuera del pozo y que se habría caído porque le ganó el peso. Afirmó que tiene conocimiento de la experiencia del actor en trabajo de alturas y trabajo avanzado de alturas, porque el mismo lo entrevistó para entrar a la empresa; que el Señor EDSON JAIR, venía de la empresa ESTILO INGENIERIA, tenía experiencia de más de 3 años en instalación de ascensores, y además contaba con la documentación que demostraba que cumplía con los cursos. Finalmente, manifestó que el accidente habría podido evitarse, y que para esto están las líneas de vida.

- Del testimonio del señor JORGE ANDRÉS CÁRDENAS ARIAS, se desprende que era el auxiliar del demandante y que se encargaba de pasarle las herramientas. En cuanto al accidente, indicó que más o menos a las 2:20 p.m., mientras subían las escaleras al piso 11, su compañero se quedó quieto, que a su juicio tuvo un micro sueño o mareo, y cayó al borde de los pits y siguió de largo. Afirma que el accidente puso ocurrir debido al cansancio por el turno de la noche anterior, y a que no *había barreras de seguridad*. Al ser interrogado por las declaraciones que dio después de ocurrido el accidente y por el cambio de las versiones que había dado, señaló que fue un momento de nervios, y que lo único que vio fue cuando su compañero estaba agachado y ya iba de “cabeza para el hueco”. También dijo que al momento del accidente, el actor trató de agarrarse del diferencial para no irse al fondo, pero que el peso del cuerpo no lo sostuvo y cayó al vacío. Señaló que trato de agarrarlo de la chaqueta pero que lo soltó porque también se hubiese podido caer.

- Del testimonio del señor SANTIAGO VALENCIA VARGAS, se pudo establecer que ocupó el cargo de coordinador de seguridad y salud en el trabajo de marzo de 2014 a enero de 2016; que la empresa realizó investigación del accidente de trabajo del demandante, tomando como pruebas las versiones de los testigos, causas inmediatas del accidente y el informe de accidente de trabajo. Señaló que la causa principal del accidente fue la no utilización de los equipos de protección personal, pues de las declaraciones de los testigos compañeros de trabajo, se observó que el demandante y su compañero, iban a verificar el trabajo que había ejecutado el turno anterior, por lo que el Señor Edson se arrodilló y perdió el equilibrio, cayendo al pozo del ascensor; que inicialmente ellos debían instalar una línea de vida vertical y conectarse a punto de anclaje del arnés. Además, explicó las medidas de seguridad adicionales que deben tomarse para el trabajo en alturas, como son barandas de seguridad, formaleta, tablón de madera o red de seguridad, a fin de poder colocarse el arnés antes de retirar la baranda. Finalizó, señalando que las barandas de seguridad se evidenciaron en otros pisos del edificio, sin embargo no en el sitio donde ocurrió el accidente, sin que se haya probado que el demandante las haya retirado.

- Del testimonio de la señora ANDREA PATRICIA GONZÁLEZ GARCÍA, se establece que ocupaba el cargo de Supervisora de Seguridad, y que aunque no estuvo presente en el accidente, sí se encontraba en la obra. Manifestó que en cada piso se encontraba instalada una malla electrosoldada

sin explicación de porque en el piso del accidente no estaba instalada, y que le extrañó la ocurrencia del accidente porque los trabajadores siempre fueron muy juiciosos para trabajar; indicando además que le pareció raro ver al trabajador sin arnés cuando ocurrió el accidente. Señaló que el primer paso al entrar a trabajar, era conectarse a la línea de vida y después quitar la barrera. Cuando se le interrogó por los elementos de protección personal y la evaluación que le realizó al demandante antes de entrar a la obra, contestó que le fue entregado arnés y eslinga, y que fue verificado que entrara en buenas condiciones y además se le preguntó si se sentía enfermo o algún síntoma, sin que le observase síntomas de “cansancio, trasnochos, guayabo, alcohol”. Además de lo anterior, agregó que para autorizar la entrada a la obra, debían portar los elementos de protección personal. Puntualizó que el accidente había ocurrido en el piso 4, y que al ocurrir el accidente no subió a este piso porque la urgencia era atender al trabajador que había sufrido el accidente.

- Del testimonio del Señor FRAN ALEXANDER ZAPATA, se pudo observar que fue el encargado de realizar la investigación del accidente del señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, y que se ha desempeñado como asesor de ARL, por más de diez años. Indicó que mediante la investigación, lo que se trató de determinar eran las causales, y las posibles medidas de intervención frente a eventos o situaciones similares, para evitar que los accidentes vuelvan a ocurrir. Para esto, señaló que visitó el lugar del accidente, identificó las personas que presenciaron el mismo, identificó si el accidente fue laboral o de origen

común, y si el trabajador se encontraba dentro de la obra cumpliendo sus funciones, además de la documentación como afiliaciones a ARL. Dijo que realizó las entrevistas pertinentes a sus compañeros de trabajo, diligenciadas en computador y firmadas por ellos, para establecer si el sitio era adecuado y cuáles eran las tareas que normalmente realizaba la persona accidentada; que además, se hizo la simulación de la escena para tratar de entender mejor lo sucedido. Al ser interrogado sobre la entrevista al compañero que presenció el accidente de trabajo, Jorge Andrés Cárdenas Arias, recordó que le dijo que se encontraban en el piso 5, revisando el tajo que había dejado el turno anterior para conocer donde debían continuar, que le dijo que el señor Lizcano se agachó, perdió el equilibrio y cayó por la fosa del ascensor, que trato de cogerlo pero que pesaba mucho y cayó. Finalmente señaló que la conclusión que arrojó la investigación, fue que para desarrollar actividades en alturas, se deben usar los elementos de protección personal y, contar con sistemas de acceso de encerramientos perimetrales, señaló que en el caso de la empresa SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., ésta debía contar con dos mecanismos que son barandas y mallas electrosoldadas, y la conexión a la línea de vida previamente a retirar la baranda o malla, a fin de abandonar el riesgo de caídas. Al ser interrogado por quien retiro las barandas o mallas en el lugar del accidente, dijo que no se había evidenciado quien lo había hecho, pero que por la actividad que los trabajadores estaban desempeñando en esos momentos, esto es, por estar recibiendo el turno, es posible que la seguridad la haya retirado el grupo anterior, sin embargo eso no se pudo determinar porque nunca fue claro

si tres o cuatro compañeros estaban entregando el tajo, o si simplemente el demandante pasaba por ahí, perdió el equilibrio y cayó al no estar conectado a un sistema de protección.

Entre las documentales allegadas al proceso, se encuentran las siguientes:

- Contrato individual de trabajo a término indefinido, de fecha 16 de septiembre de 2013, suscrito entre SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. y EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, para el cargo de ayudante de instalación (folio 26-28, 87-89).
- Comunicación de la Gerencia de Operaciones de COLMENA VIDA Y RIESGOS LABORALES, al demandante, donde se le informó acerca del reconocimiento de pensión de invalidez (folio 29-30, 32-34).
- Certificación de reconocimiento de prestación económica en favor del Señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, por accidente de trabajo y dictaminado con pérdida de capacidad laboral del 68.05% (folio 31).
- Epicrisis y/o contrarreferencia del demandante (folio 43).
- Reporte de Triage en la fecha del accidente de trabajo (folio 44).
- Perfil del cargo de ayudante de instalación (folio 91).
- Hoja de vida del demandante (folio 92-95).
- Liquidación del contrato de trabajo por reconocimiento de pensión de invalidez (folio 96-100).
- Liquidación y pago de siniestro por la incapacidad permanente, por la Compañía de Seguros de Vida

Suramericana S.A., por valor de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (folio 102).

- Informe de inspección del sitio del accidente, cuarto de máquinas, elementos de protección personal, botiquines y herramientas (folio 115-116).
- Informe de accidente de trabajo del empleador o contratante (folio 119-120).
- Informe de investigación de accidente o incidente (folios 121-128).
- Metodología para la investigación del accidente (folios 129-150).
- Entrevista a testigo JORGE ANDRÉS CÁRDENAS ARIAS, quien manifestó que el día del accidente se encontraban en el cuarto piso, y que el demandante se arrodilló con el objetivo de mirar por el poso, para determinar qué labor iban a realizar y los avances de los compañeros del turno anterior, cuando de repente perdió el equilibrio y cayó al vacío, impactando en la plataforma que se encontraba entre el piso primero y el sótano, para luego caer por un lado de la plataforma. Señaló que no estaban haciendo uso de los elementos de protección personal porque no habían comenzado a trabajar, sin embargo dijo que les entregaron botas de seguridad, casco con barboquejo, arnés, eslinga, gafas, frenos de seguridad, guantes, protección auditiva y tapabocas, los cuales para él, son los adecuados y suficientes para desempeñar la labor (folio 151-152).
- Entrevista a testigo GERMÁN POSADA BERNAL, Director y Jefe de instalación, quien indicó que cuando sucedió el accidente estaba en Bogotá, y que recibió una llamada de Germán Pérez, quien le informó que “Jair” se había caído

del quinto piso, que hablaba pero no podía moverse (folios 153-154).

- Entrevista al empleado accidentado, señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, quien narró que había subido a inspeccionar todo lo de sus compañeros y revisar las herramientas para realizar el izaje. Señaló que encontraba mirando la llave, cuando se descolgó el chasis de la diferencial y soltó el seguro, y al tener la diferencial todo el peso, se frenó la mordaza, y como consecuencia cayó “en la parte del ascensor”, entre el tercero y segundo piso. También indicó que el accidente ocurrió por no estar conectado a la diferencial de tiro largo, puesto que estaba acostumbrado a subirlo así, piso por piso, y que se hubiese podido evitar si hubiese portado los elementos de protección personal (folios 155-157).
- Versión de testigo GERMÁN PÉREZ, el cual indicó que sobre las 2:00 p.m., entregó el turno y explicó a Edson Jair Lizcano, las actividades a realizar. Que se encontraba almorzando cuando llegó un señor y le avisó que un compañero se había caído, y entonces salieron corriendo a mirar qué había pasado (folio 158).
- Versión de testigo ROBINSON JAVIER PEÑA SIERRA, el cual dijo que se encontraba almorzando a las 2:30 p.m., y que un empleado de la obra les avisó que su compañero “Jair” se había caído y estaba desmayado en el foso del

ascensor. Que ayudó a despejar el área y esperaron 45 minutos a que llegara la ambulancia (folio 159).

- Versión de testigo JHON JAIRO VANEGAS SÁNCHEZ, el cual dijo que después de haber cumplido su labor del día, fue a almorzar, y que un compañero de la obra le informó que alguien se había accidentado, por lo que al ver que todos sus compañeros se dirigían al mismo lugar, el decidió irse a la avenida principal para esperar la ambulancia y guiarla, ya que donde ocurrió el accidente era en otra ubicación (folio 160).
- Versión de testigo ALBERTO MENDEZ BAUTISTA, el cual dijo que entregó turno al Señor Edson Jair Lizcano, a las 2:00 p.m., y salió a almorzar. Que siendo las 2:35 p.m. le informaron que un compañero de los ascensores se había caído, y entonces encontraron a Jair en el Pit del ascensor. Que lo encontró inconsciente y en mal estado (folio 161).
- Versión de testigo presencial del accidente de trabajo JORGE ANDRÉS CÁRDENAS ARIAS, quien indicó que se encontraban en la obra Reserva de los Tulipanes, y que en el cuarto piso Edson Jair se había arrodillado a mirar lo que sus compañeros de turno habían dejado para hacer, y de repente perdió el equilibrio y se fue de cabeza. Que trató de reaccionar pero fue muy tarde. Que lo único que pudo hacer fue buscar ayuda y llamar a urgencias para que le enviaran una ambulancia (folio 162).

- Certificación de realización de inducción capacitación, al señor EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, de fecha 18 de diciembre de 2019 (folio 163).
- Reentrenamiento de nivel avanzado de trabajo seguro en alturas, con duración de 20 horas, COLMENA VIDA Y RIESGOS LABORALES para SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 164-171).
- Diploma de reentrenamiento en trabajo en alturas, al demandante EDSON JAIR LIZCANO CABRERA, de fecha 15 de septiembre de 2013 (folio 172).
- Certificado de trabajo seguro en alturas nivel avanzado, de fecha julio de 2012 (folio 176).
- Entrega de uniformes y botas (folio 182).
- Entrega de elementos de seguridad y dotación para los trabajos de mantenimiento e instalación, el cual constó de 2 camisas, 2 pantalones, 1 par de botas, mono gafas antiempañante, par de tapa oídos, guantes de nitrilo, guantes tipo ingeniero, 2 tapabocas, 1 arnés, 1 eslinga, 1 freno de acero inoxidable y 1 casco (folio 183).
- Ficha técnica de elementos de protección personal, de línea de vida de 80 metros, con listado que incluye los elementos de protección requeridos para la labor en alturas, y con especificación de seguridad en el área de trabajo, seguridad personal, uso y mantenimiento del arnés, riesgos de laboral en alturas entre otros (folios 189-191).
- Permiso para trabajo en alturas de fecha 29 de noviembre de 2013, a Jair Lizcano Cabrera, donde se aprecia que el equipo de protección personal con el que el trabajador entraba a laborar, era línea de vida vertical, eslinga con absorbedor de impacto, anclaje, casco de barboquejo, gafas de seguridad y guantes. Así mismo, del examen del estado

de salud, donde negó haber consumido medicamentos, tener miedo a las alturas y sufrir de epilepsia, mareos y vértigo (folio 200).

- Protocolo de trabajo seguro en alturas y programa de protección contra caídas y trabajo en alturas SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 202-215).
- Reglamento de higiene y seguridad industrial SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 216-217).
- Programa de convivencia laboral de 2013, SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 218-230).
- Reglamento Interno del Trabajo SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 231-261).
- Funcionamiento del comité de convivencia laboral año 2013, SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. (folios 264-275).
- Políticas de salud ocupacional (folio 276).
- Política integral (folios 277-278).
- Diseño, ejecución, seguimiento y control del programa de salud ocupacional SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., año 2013 (folios 279-320).
- Acta de constitución del Comité Paritario de salud ocupacional años 2012 a 2014 (folios 321-329).
- Certificado de aptitud laboral del demandante (folio 331-333).
- Certificado de aptitud para trabajo en alturas (folios 334-337).

Sobre la estructuración de la culpa patronal la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral tiene construida una sólida línea jurisprudencial, recogida recientemente en la SL5154-2020 en la que se consignó lo siguiente:

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019). En la última sentencia referida, la Sala explicó:

Pues bien, esta Sala ha determinado que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores», con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil (CSJ SL 7056-2016).

Ahora, en torno a las obligaciones de diligencia y cuidado de los empleadores, la Corte ha señalado que recaen en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes.

Lo anterior se fundamenta en el hecho que nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, hoy seguridad y salud en el trabajo, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989¹.

Así, en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador.

Para ello, en los programas de salud ocupacional -hoy denominados sistemas de gestión de seguridad y salud en el

¹ Estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014.

trabajo-, los empleadores tienen deberes (i) genéricos, (ii) específicos y (iii) excepcionales. Los primeros están vinculados a las obligaciones generales de prevención que tiene el empleador en toda relación de trabajo, tales como el deber de información, de ejecución de medidas de protección y prevención de los riesgos laborales, identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos laborales, conforme lo disponen los artículos 21, 56 y 58 del Decreto 1295 de 1994, 57 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros. Así, por ejemplo, a efectos de la prevención de riesgos, los empleadores cuentan, entre otras, con las siguientes herramientas:

(i) el panorama de factores de los riesgos existentes en la empresa (artículos 10, numeral 2, literal c) y 11 numeral 1 de la Resolución 1016 de 1989 - Hoy está previsto en los artículos 8 num. 6, y 15 del Decreto 1443 de 2014, compilados en el Decreto 1072 de 2015), a través del cual los empleadores deben prever todos aquellos riesgos a los que pueden exponerse sus trabajadores conforme a su actividad económica, tareas específicamente contratadas, centros de trabajo, el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, y en general que sean inherentes al trabajo, y

(ii) las estadísticas de siniestralidad donde se documentan todos aquellos riesgos expresados, estos son, los accidentes de trabajo o enfermedades laborales que ocurran en el desarrollo del trabajo y que permiten al empleador elaborar planes de prevención que eviten su reincidencia (artículos 10, 11 y 14 de la Resolución 1016 de 1989 -regulado hoy en el numeral 7 y párrafo 1.º del artículo 16, numeral 10 del artículo 21 e inciso 1.º del artículo 31 del Decreto 1443 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015).

Por su parte, los específicos tienen relación con los deberes concretamente establecidos en la ley y que reglamentan las obligaciones generales de prevención frente a la realización de una tarea puntual. Entre otras, está precisamente la Resolución 2400 de 1979 para la realización de trabajo en alturas.

Por último, los deberes excepcionales son aquellos que, si bien no están contemplados como un deber específico en cabeza del empleador, las circunstancias en las cuales se da la exposición a un riesgo obligan a este último a tomar medidas especiales de prevención y protección. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se le ordena al trabajador a realizar actividades en una zona territorial considerada como de alto riesgo de peligro o violencia por presencia de grupos armados al margen de la ley, y frente a lo cual si bien el legislador no establece una obligación específica de prevención, el empleador debe preverlo a fin de proteger la humanidad de la persona trabajadora y tomar las medidas de seguridad del caso (CSJ SL16367-2014).

Ahora, determinado el riesgo y los tipos de deberes que debió ejercer el empleador, es necesario analizar los controles que tenía que ejecutar. En esta dirección, es oportuno resaltar que desde la expedición de la Resolución 2400 de 1979 -artículo 2-, el Decreto 614 de 1984 -artículo 24- y la Resolución 1016 de 1989 -artículo 4

y siguientes-, se ha establecido que los empleadores deben ocuparse de ejercer actividades de prevención en relación con el medio, en la fuente o en la persona², los cuales se definen de la siguiente forma:

(i) Los controles en el medio: que corresponden a todos aquellos que deben ejercerse en el ambiente de trabajo, las medidas administrativas, la organización y ordenamiento de las labores, las capacitaciones sobre los riesgos laborales, y en general con relación a los elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

(ii) Los controles en la fuente: corresponden a las medidas técnicas o controles de ingeniería que se emplean directamente en el origen de los peligros para lograr la eliminación o sustitución de los mismos y están asociados a todas las intervenciones que buscan disminuir la probabilidad de ocurrencia de eventos laborales, al modificar las condiciones en que se presenta el peligro, es decir al cambiar las características del origen que amenaza con generar el daño.

(iii) Los controles en la persona: son todas aquellas medidas que protegen al trabajador de los daños que puede llegar a generar la materialización de un peligro, en su salud o integridad física, lo cual en la práctica se traduce en la entrega de los elementos y/o equipos de protección personal que previamente se han identificados como idóneos para la ejecución de las tareas a desarrollar y la interiorización que el trabajador ha hecho sobre su forma de uso.

En conclusión, corresponde a los empleadores en este panorama general cumplir sus deberes genéricos, específicos o excepcionales, con miras a prevenir, identificar y evaluar los riesgos potenciales, así como determinar los controles adecuados en el medio, en la fuente y la persona, dado que sobre estos se construye el análisis de la adecuada diligencia y cuidado en su deber de prevención y protección de las personas trabajadoras.

Ahora, tratándose del trabajo en alturas, en la regulación se ha establecido que tal labor por sí misma tiene un alto riesgo potencial y por ello los deberes y controles que deben considerarse para su ejecución se han incrementado progresivamente. Ello inició con la expedición de las Resoluciones 2400 y 2413 de 1979, la aprobación del Convenio 167 de la Organización Internacional del Trabajo (1988) a través de la Ley 52 de 1993, sobre seguridad y salud en el trabajo del sector de la construcción, así como en los reglamentos técnicos de trabajo seguro en alturas por medio de las Resoluciones 3673 de 2008 y 1409 de 2012, y aquellos relativos a la acreditación de la idoneidad del personal que realiza estos trabajos riesgosos y la necesaria formación que debe impartirse

² Controles establecidos en la actualidad en el mencionado Decreto 1443 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

para su ejecución, como puede leerse en las Resoluciones 0736 y 2291 de 2010, 1903 de 2013 y más reciente, las 3368 de 2014 y 1178 de 2017.

En lo que se refiere a la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos, la Resolución n.º 2400 de 1979 en sus artículos 188 a 192 exige a los empleadores deberes específicos de implementar controles en el medio, la fuente y la persona dirigidas a minimizar la potencialidad de ocurrencia del mismo. Así, señaló la necesidad de implementar mecanismos estructurales para evitar las caídas, adecuar líneas de vida, suministrar elementos de protección personal y ejercer vigilancia continua por parte del empleador sobre el cumplimiento de estos controles:

ARTÍCULO 188. Para aquellos trabajos que se realicen a ciertas alturas en los cuales el riesgo de caída libre no pueda ser efectivamente controlado por medios estructurales tales como barandas o guardas, los trabajadores usarán cinturones de seguridad o arneses de seguridad, con sus correspondientes cuerdas o cables de suspensión. Las cuerdas o cables de suspensión, estarán firmemente atados al cinturón o arnés de seguridad y también a la estructura del edificio, torre, poste u otra edificación donde se realice el trabajo. Los cinturones o arneses de seguridad y sus cuerdas o cables de suspensión tendrán una resistencia de rotura no menor de 1.150 kilogramos y el ancho de los cinturones no será menor de 12 centímetros, con un espesor de 6 mm (1/4 pulgada), de cuero fuerte curtido al cromo, de lino o algodón tejido u otro material apropiado.

ARTÍCULO 189. Las cuerdas o cables de suspensión cuando estén en servicio estarán ajustados de tal manera que la distancia posible de caída libre del usuario será reducido a un mínimo de un metro, a menos que la línea de suspensión esté provista de algún sistema de amortiguación aprobada y que la autoridad competente considere su uso justificado.

ARTÍCULO 190. Las cuerdas salvavidas serán de cuerda de manila de buena calidad y deberán tener una resistencia a la rotura de por lo menos 1.150 kilogramos (2.500 libras). Los herrajes y fijaciones de los cinturones de seguridad deberán soportar una carga por lo menos igual a la resistencia de la rotura especificada para el cinturón.

ARTÍCULO 191. Todos los cinturones, arneses, herrajes y fijaciones serán examinados a intervalos frecuentes y aquellas partes defectuosas serán reemplazadas.

Asimismo, el artículo 12 de la Resolución 2413 de 1979 - Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la

Construcción-, estipuló que el empleador a través de su personal directivo, técnico y de supervisión debía cumplir ya sea personalmente o por delegación las normas de seguridad y salud en el trabajo:

Artículo 12. Son obligaciones del personal directivo, técnico y de supervisión:

1. Cumplir personalmente y hacer cumplir al personal bajo sus órdenes lo dispuesto en el presente Reglamento y sus disposiciones complementarias, así como las normas instrucciones y cuanto específicamente estuviere establecido en la empresa sobre Seguridad e Higiene del Trabajo.

2. Instruir previamente al personal bajo sus órdenes, de los riesgos inherentes al trabajo que debe realizar especialmente en los que impliquen riesgos específicos distintos a los de su ocupación habitual, así como de las medidas de seguridad adecuadas que deben observarse en la ejecución de los mismos

Nótese entonces que desde 1979 existe en Colombia una regulación en esta materia que pretendió que los empleadores cumplieran o hicieran cumplir al personal bajo sus órdenes, la obligación de instruir a sus trabajadores acerca de los riesgos inherentes al trabajo, suministrarles los equipos de protección adecuados y acordes a la naturaleza del riesgo de laborar en alturas y vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad.

Incluso, según el convenio 167 de la OIT los empleadores deben «interrumpir las actividades» que comprometan la seguridad de las personas trabajadoras en caso que no se adopten las medidas correctivas, bajo la idea central que en el trabajo debe anteponerse la vida y la seguridad de los trabajadores frente a otras consideraciones (CSJ SL9355-2017).

Por otra parte, en torno a las obligaciones genéricas de prevención, en el literal e) del artículo 24 del Decreto 614 de 1984 se estableció como obligación de los empleadores la de suministrar la información y capacitación sobre los riesgos a los que se encuentran expuestos:

Artículo 24. Los patronos o empleadores, en concordancia con el Artículo 84 de la Ley 9a. de 1979 y el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones complementarias, las cuales se entienden incorporadas a este Decreto y en relación con los programas y actividades que aquí se regulan, tendrán las siguientes responsabilidades:

(...) e) Informar a los trabajadores sobre los riesgos a los cuales están sometidos sus efectos y las medidas preventivas correspondientes (...).

Así las cosas, en el análisis de la culpa suficientemente comprobada del empleador se deben tener en cuenta las obligaciones generales, específicas y si es del caso excepcionales que atañen a aquel en torno a los riesgos inherentes y expresados, así como en relación con los controles que ejerció frente a la tarea puntual desplegada por el trabajador al momento del infortunio laboral, de ahí que no basta con indicar que la obligación de seguridad hacia la persona trabajadora se reduce o se cumple con la sola capacitación para ejercer los trabajos en altura, como pareció sugerirlo el Tribunal.

En este sentido el cargo segundo acierta al señalar que dicho juez no ahondó en el verdadero alcance del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, pues pasó por alto que en la averiguación de la culpa era necesario verificar que el empleador no solo capacitó al trabajador sobre las actividades realizadas, sino que ejerció de manera efectiva los controles para evitar el riesgo, si brindó las herramientas adecuadas y de calidad al trabajador para controlarlo (CSJ SL17216-2014, CSJ SL2644-2016 y CSJ SL10194-2017) y exigió el acatamiento correspondiente de las normas de seguridad respecto de una tarea de alto riesgo y que, en particular, registra elevados índices de accidentalidad y muerte (CSJ SL16102-2014).

Además, al alegar los accionantes que el empleador incumplió en sus obligaciones para garantizar la seguridad del trabajador fallecido, a aquel le correspondía acreditar que sí ejecutó las anteriores medidas referidas.

Aplicada al presente caso la premisa jurisprudencial antes transcrita, encontramos lo siguiente:

El apoderado del demandante en su recurso de apelación y en las razones expuestas para demostrar la culpa patronal, invoca la conducta omisiva del empleador, la que concreta en: 1) El hecho de no contar con las barreras de seguridad, mallas o tablonés, que impidieran el acceso al fozo del ascensor en el momento de ocurrencia de accidente y 2) Omitir la verificación del uso de los EPP (elementos de protección personal) por parte del trabajador.

Las pruebas testimoniales tanto de la parte actora como de la parte demandada, ilustran sobre ambas situaciones y de ellas se establece: 1) que al momento del accidente no estaban las barreras de protección que impedían el acceso al pozo del ascensor, en el piso en que ocurrió el accidente y 2) que el demandante al momento del accidente no usaba los EPP.

Se precisa que sobre la entrega de los EPP, no existe discusión, es decir que la empresa demandada si los proporciono, pero que la omisión consiste en la no verificación de su uso efectivo por parte del trabajador expuesto a una actividad considerada de riesgo. Tal omisión se evidencia en los testimonios recibidos que afirmaron que el accidentado no tenía puestos los EPP y el de la encargada de la verificación de su uso que solo se enteró de la situación en el momento de ocurrencia del accidente.

Sobre la culpa exclusiva del trabajador, invocada por la demandada como eximente de responsabilidad, basta con citar la reiterada jurisprudencia que sobre el particular ha emitido la Sala de Casación Laboral, incorporada entre otras en la SL-2335-2020, para desechar el argumento, en la medida se ha sentado que: *La responsabilidad del empleador en el accidente laboral no desaparece en el evento de que éste ocurra también por un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador -conurrencia de culpas-*. Por lo anterior, aunque se aceptara que el trabajador tuvo un comportamiento como el descrito, en nada se afecta la responsabilidad culposa del empleador.

Sobre la legitimación para reclamar perjuicios morales la jurisprudencia laboral ha sentado el siguiente criterio en la SL-SL10194 – 2017:

El reconocimiento de perjuicios morales ocasionados por accidente de trabajo es procedente tanto para la víctima como para las personas más cercanas de la misma, siempre y cuando demuestren haber padecido una lesión o menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o invalidez generadas por el infortunio laboral

La excepción denominada “transacción”, sustentada en el reconocimiento de las prestaciones y el pago de una suma de dinero proveniente de una póliza de seguros, se desestima en razón a que ninguno de los hechos citados impide el ejercicio de la acción propuesta por el demandante, para reclamar la indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T.

La absolución al demandado LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA se confirmará, con sustento en que no se acreditó la fuente de la solidaridad. Al respecto baste con enunciar que la solidaridad en materia de obligaciones puede encontrar su fuente en la ley o en la voluntad de obligado que así se compromete. En el presente caso no se acreditó ninguna respecto del señor Giraldo Posada.

Bajo las anteriores premisas fácticas, probatorias, legales y jurisprudenciales, se revocará la sentencia apelada para en su lugar condenar a la demandada SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. en la forma y cuantía que adelante se expondrá.

Sobre el lucro cesante reclamado la jurisprudencia ha enunciado entre otras en la SL 5154-2020 lo siguiente:

De modo que el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o, se recibe en menor proporción. Asimismo, para su reconocimiento es necesario

acreditar un vínculo económico entre los beneficiarios y el causante, los cuales, a título de ejemplo, pero no exclusivamente, pueden corresponder a la dependencia económica efectiva, total o parcial, entre el causante y el afectado, o simplemente que con el daño se dejó de percibir un ingreso, aspectos que deben estar acreditados en el plenario, salvo que se trate de obligaciones que emanen de la propia ley, como el caso de las alimentarias con sus hijos menores o en condición de discapacidad, caso en el que no se requiere prueba (CSJ SL 31948, 6 mar. 2012 y CSJ SL2845 de 2019)

En el proceso aparece probado que el trabajador devengaba en el año 2013 un salario de \$ 866.000 y que la pensión de invalidez otorgada por la ARL Colmena fue de \$ 644.350, por lo cual la diferencia resultante con las debidas actualizaciones, da por resultado lo dejado de percibir en forma futura por el actor. Realizadas las proyecciones por el grupo liquidador asignado a esta corporación y la cual se incorpora a esta decisión se establece por este concepto, un valor de \$ 96.089.532.15, valor que deberá indexarse al momento de su pago con la fórmula adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Para atender los perjuicios morales causados vale citar la jurisprudencia reciente contenida en la SL4570-2019 en la que se consignó:

Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia

del daño» Así, con el apoyo del «arbitrio iudicis», la Sala estima los perjuicios morales en 100 salarios mínimos legales vigentes para cada uno de los familiares más cercanos del causante, esto es, la cónyuge supérstite Argenida Emilia Porto Mateus y sus hijos Melba Eugenia, Marianella Esther y Jainer Stiven Barros Porto; en 50 de esa misma unidad de valor para cada uno de sus padres, Eugenia Mercedes Fince y Pedro Manuel Barros Nuñez, y en 25 para cada uno de sus hermanos, respectivamente, José Inés Barros Ipuana, Sandra Isabel Fince Barliza, Mariluz, Doyenis, Iris, Tulio Algemirol, Mariela y Francisco Ramón Barros Pushaina, así como María Eugenia, Yenis Laudith, Maritza Beatriz, Isaías Enrique, Daniel Enrique Antonio Ramón, Pascual Enrique y Pedro Manuel Barros Fince.

Bajo el anterior criterio jurisprudencial se estima que los enunciados bajo los que se invoca el perjuicio moral, consignados en los hechos 19, 20 y 21, se limitan a su enunciado, por lo que se acudirá al criterio expuesto por la jurisprudencia en cuanto a dar por aceptado, el menoscabo de la dignidad humana y su medición sometida al arbitrio judicial. Resulta entonces evidente que la pérdida de capacidad laboral afecta las condiciones normales de vida del demandante, con ocasión de las limitaciones, lesiones, dolores y la natural afectación anímica, que no resulta tarifada ni cubierta por el cubrimiento económico de la pensión de invalidez; circunstancias que afectan a su esposa e hijo por constituir su núcleo familiar cercano, en razón de lo cual se condenará por este concepto al reconocimiento por parte de la demandada SOLUCIONES VERTICALES S.A.S., al pago de 50 SMLMV al momento del pago, en favor del demandante Edson Jair Lizcano Cabrera; al pago de 25 SMLMV al momento del pago en favor de Yenny Paola Rodríguez Cortes y, al pago de 25 SMLMV al momento del pago, en favor de Luis Santiago Giraldo Posada.

Sobre el daño en la vida de relación la jurisprudencia de la sala de casación ha dejado sentados precedentes, recogidos recientemente en la SL5195- 2019, en la que se expresó:

Puede recordarse que sobre este tema del daño en la vida de relación esta Sala enseñó en reciente pronunciamiento CSJ SL 1361 de 2019, en el que reiteró lo dispuesto en las sentencias CSJ SL, 22 ene. 2008, rad. 30621, SL, 30 oct. 2012, rad. 39631 y la SL4913-2018: «se originan por el «menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial». Entonces, este tipo de daños se concretan en la limitación del disfrute de la vida en los entornos que venía gozado la persona y que hoy, dada la afectación, no puede hacerlo o no de la misma manera, es decir, que dicha perturbación lesiona el disfrute de los placeres de su existir, en sus condiciones personales y sociales. De lo discurrido se puede concluir que probada la magnitud del daño en la vida de relación, en esa medida o proporción debe determinarse el monto de la indemnización, ya que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición que regule su fijación cuantitativa, por ende, no es dable pregonar la existencia de unos mínimos, máximos, ni baremos.

En el horizonte trazado, juzga conveniente la Corte advertir que si en algunas ocasiones se ha fijado un tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe entenderse como un criterio orientador, pues, como ya se explicó, el monto de la indemnización por el daño en la vida de relación, depende de la demostración de la intensidad del perjuicio.

Bajo el criterio expuesto en la jurisprudencia, resulta apenas evidente, que la vida de relación del actor se afecte en virtud de su pérdida de capacidad laboral, razón por la cual se condenará a la demandada SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. al pago de 25 SMLMV al momento del pago en favor del demandante Edson Jair Lizcano Cabrera.

COSTAS Se revocarán las impuestas en primera instancia y se condena a la demandada al pago de costas en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de agosto de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR A LA DEMANDADA SOLUCIONES VERTICALES S.A.S. al pago de:

- a) Noventa y seis millones ochenta y nueve mil quinientos treinta y dos pesos con quince centavos (\$ 96.089.532,15) por concepto de lucro cesante, en favor de Edson Jair Lizcano Cabrera, valor que deberá indexarse al momento del pago en la forma enunciada en la parte motiva.
- b) Cincuenta (50) SMLMV al momento del pago, por concepto de perjuicio moral, en favor de Edson Jair Lizcano Cabrera.
- c) Veinticinco (25) SMLMV al momento del pago, por concepto de perjuicio moral, en favor de Jenny Paola Rodríguez Cortes.
- d) Veinticinco (25) SMLMV al momento del pago, por concepto de perjuicio moral, en favor DE Jeison Daniel Lizcano Rodríguez.

e) Veinticinco (25) SMLMV al momento del pago, por concepto de daño a la vida de relación, en favor de Edson Jair Lizcano Cabrera.

TERCERO: Absolver de las pretensiones de la demanda a **LUIS SANTIAGO GIRALDO POSADA.**

CUARTO: Condenar en costas de ambas instancias a la demandada **SOLUCIONES VERTICALES S.A.S**

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

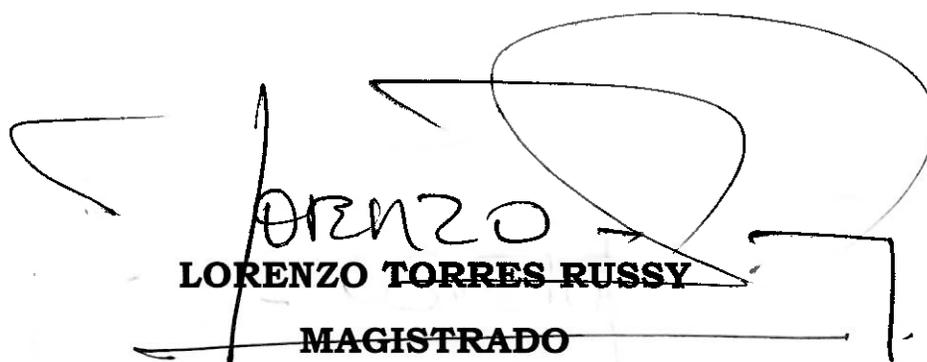
CLARA LETICIA NIÑO
EN PERMISO



MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Auto:

Fijense como agencias en derecho el valor de \$ 700.000 (setecientos mil pesos) como agencias en derecho correspondientes al trámite en segunda instancia, las que se incluirán en la liquidación que se realice de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DONAR ALFONSO GÓMEZ MARIÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2018 00273 01

Bogotá D. C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS, a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a la AFP, a realizar la devolución de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con prestación Definida, administrado por COLPENSIONES. Sustento sus pretensiones, en que nació el 4 de enero de 1957, que se afilió al I.S.S., desde el 24 de febrero de 1981, donde cotizó un total de 864 semanas. Aseguró que el 1 de mayo de 2001, se trasladó al

RAIS administrado por PORVENIR S.A., sin que dicha actuación estuviera ilustrada de la suficiente información por parte del asesor de la compañía. Finalmente enunció, que presentó petición ante las entidades demandadas, con el fin obtener el retorno al RPM.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece a folios 105-113 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Fundamentó su oposición, al considerar que es el Fondo Privado de Pensiones, que debe probar las circunstancias en que se efectuó la vinculación del actor al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demandada como se observa a folios 71-78, mediante la cual se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la información suministrada al demandante fue acorde a las disposiciones legales y a las normas establecidas por la Superintendencia Financiera. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2019, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

1. **“DECLARAR** nula o invalida la afiliación efectuada por el señor demandante DONAL ALFONSO FGÓMEZ MARIÑO, identificado con cédula de ciudadanía n.°19.268.293 el día 20 de marzo de 2001 del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora PORVENIR, como consecuencia de los anterior DECLARAR

*nula o inválida la afiliación efectuada dentro del RAIS, del fondo PORVENIR al fondo OLD MUTUAL en el mes de septiembre del año 2009, como consecuencia de lo anterior, también la afiliación de **OLD MUTUAL a PORVENIR** y como consecuencia de la nulidad de esta afiliación **ORDENAR** al fondo que actualmente se encuentre afiliado el demandante **PORVENIR** que traslade los aportes o recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante ante **COLPENSIONES**, y a **COLPENSIONES** que reactive la afiliación del demandante y las acredite en su historia laboral como semanas efectivamente cotizadas ante el Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

2. **NO CONDENAR EN COSTAS** en el presente asunto a favor ni en contra de ninguna de las partes.
3. Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de **COLPENSIONES** y la orden que se da, de recibir un afiliado, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. APELACIÓN PARTE DEMANDADA AFP PORVENIR

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la demandada AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que el Juez de Primera instancia, no indicó que tipo de información o asesoría se omitió enunciarle o impartirle al afiliado. Además, que no realizó un estudio sobre las pruebas aportadas, las cuales a su juicio acreditaban el cumplimiento del deber de información.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 26 de marzo de 2019 dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 04 de septiembre de 2019, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El

03 de marzo de 2020, la Sala Segunda en su mayoría, profirió por escrito la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintiocho (28) de febrero del año 2019, para en su lugar **ABSOLVER** a las aquí demandadas de todas las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia se revocan y se condena a la parte demandante”

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que denegó el amparo solicitado y en sede de impugnación la Sala de Casación Penal, dispuso:

“Primero: Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de DONAR ALFONSO GÓMEZ MARIÑO.

Segundo: Dejar sin efecto la sentencia emitida el 3 de marzo de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso laboral promovido por el Accionante.

Tercero: ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión, emita nuevamente la sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en

aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VIII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitud de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Penal en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Penal, para amparar los derechos fundamentales del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“Por el contrario, al Tribunal accionado le correspondía analizar si se trató de un “consentimiento informado” que, se resalta, de ninguna manera puede entenderse satisfecho con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación a cualquiera de las Administradoras de esos Fondos.

4. De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala reitera que el Tribunal accionado, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada “desconocimiento del precedente judicial”, en tanto, no podía desconocer que esta Sala de Casación Laboral de la Corte ha reiterado que los aspectos que se deben analizar respecto a la ineficacia de traslado, corresponde a 1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligencias el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinar quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y

(4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado. Debe insistir esta Sala en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad Jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el***

juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 80, se evidencia que el 20 de marzo de 2001, el demandante suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A.; posteriormente se vinculó al Fondo SKANDIA-30 *de julio de 2009-* y finalmente retorno a PORVENIR-15 *de junio de 2012* (folio 80 y 81).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el señor DONAR ALFONSO GOMEZ MARIÑO, se pudo establecer *“yo estando trabajando en Procables ya lleva más o menos unos 19 años cotizando ante el Seguro Social, llegaron unos señores de Porvenir que les permitieron en la parte de relaciones humanas ingresar a la empresa para que propusieran o expusieran su propuesta para los trabajadores para pasarse a los regímenes privados, recuerdo que llego una señora, y fue una reunión individual, en donde nos expusieron o me expusieron a mí, particularmente que por el salario que tenía me convendría entrar a este régimen y que iba hacer más provecho porque iba a tener una pensión más alta, en ese momento el Seguro Social estaba pues pasando y era una cuestión que era voz populi digamos que el Seguro Social estaba pasando por un momento difícil, y esta asesora me dijo que pues era posible que esas semanas que eran más o menos 864 semanas, que yo llevaba cotizada que de pronto iban a perderse y que obviamente era un riesgo bastante para mí como trabajador y también para mi esposa y mis hijas, que tenía en ese momento que eran pequeñas entonces yo entre y dije eso es una oportunidad para salvaguardar esta posible pensión que yo pueda tener en el futuro”*

Así las cosas, aun cuando obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando el actor desde la demanda y en su interrogatorio de parte, manifiesta que la única

información que recibió fue que el ISS se iba extinguir y que su pensión podía ser mayor en el RAIS.

Por otra parte, en el escrito de contestación **PORVENIR S.A.**, afirmó: *“Es importante anotar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estén en capacidad de resolver las dudas que puedan presentarse.”*(Folio 72); pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A, a partir del 05 de julio de 1996, por lo que PROTECCIÓN S.A., deberá trasladar a la primera entidad mencionada+, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

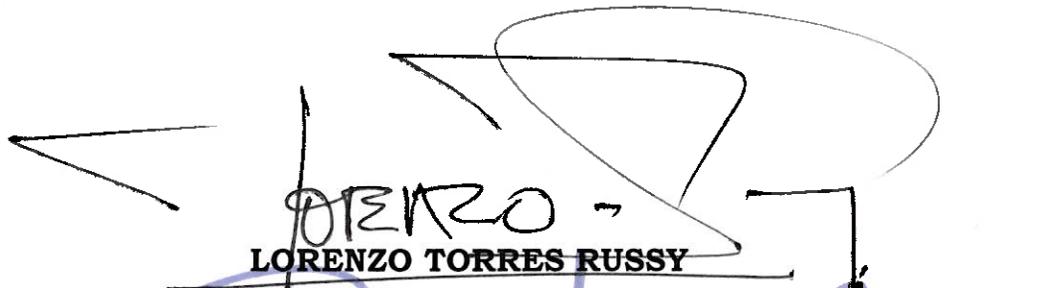
RESUELVE:

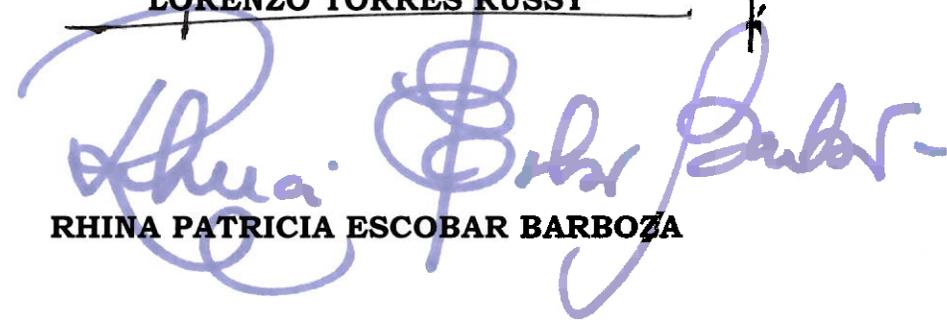
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, el 28 de febrero de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Última hoja del proceso ordinario n. °110013105015201800273, promovido por Donar Alfonso Gómez Mariño vs COLPENSIONES Y OTROS.

Handwritten text at the top left, possibly a date or reference number.

Handwritten text at the top center, possibly a title or header.

Handwritten text at the top right, possibly a date or reference number.

Handwritten text at the top right, possibly a date or reference number.

Handwritten notes in blue ink, including a large signature and a date.

05/15/50

John P. ...

Handwritten text in the middle of the page, possibly a name or title.

Handwritten text at the bottom of the page, possibly a footer or concluding note.