

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2017-00696-01

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ROBERTO ARTURO PAREDES BORBÓN**
DEMANDADOS: **COLFONDOS SA**
COLPENSIONES (Litisconsorte necesario)
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados de las demandadas Colpensiones (folios 200 a 201) y Colfondos SA (Folios 215 a 226), así como del demandante (folios 229 a 233) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ROBERTO ARTURO PAREDES BORBÓN** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **AFP COLFONDOS SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5).

- 1) Declarar la resolución del contrato de administración de aportes pensionales, celebrado entre el demandante y la AFP COLFONDOS SA el 5 de septiembre de 2017, por incumplimiento de la AFP demandada de entregar la información oportuna y completa al actor, que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital, que debía ahorrar, para asegurar la mesada pensional que considerara adecuada en el momento de su retiro laboral.

- 2) Declarar que resuelto el contrato de administración de aportes, el demandante retornará al Sistema de prima media administrador por Colpensiones, sistema al que estuvo afiliado hasta el 5 de septiembre de 2007.
- 3) Ordenar a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas entregadas por el actor, como aporte pensional para financiar su pensión en Colpensiones.
- 4) Condenar a COLFONDOS SA a pagar cualquier diferencia económica, que surja, para asegurar la financiación de la pensión del demandante, en el sistema de prima media con prestación definida.
- 5) Costas procesales.

COLFONDOS SA (fls. 65 a 90 y 155 a 171) contestó la demanda, así como **COLPENSIONES** (fls. 116 a 143), de acuerdo al auto visible a folio 153 a 154 y 175 y 176. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso excepciones de mérito.

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de agosto de 2019. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación y saneamiento de la nulidad, propuestas por las demandadas. **DECLARÓ** que no se dan los supuestos fácticos ni jurídicos para declarar la resolución del contrato de afiliación celebrado entre el demandante y el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS SA. **ABSOLVIÓ** tanto a la demandada, como a la entidad vinculada como litisconsorte necesaria, de todas las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor tanto de Colfondos SA, como de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia.

1. **RESOLUCIÓN CONTRATO ADMINISTRACIÓN DE APORTES:** Señala que si bien es un caso sui generis, pues el demandante estando en Colpensiones se trasladó a Colfondos, y posteriormente, en el año 2002, retornó a Colpensiones, sin que se le asesorara al momento de trasladarse a Colfondos o proyectarle una mesada pensional, teniendo toda la información para hacerlo, pues había tenido el mismo empleo el actor durante los últimos años, sin embargo, hubo una ausencia del buen consejo por parte de la AFP privada, incluso no se le informó antes de cumplir 52 años de edad que revisara su situación pensional, con el fin de, si lo quería, retornara a Colpensiones, por lo que el demandante, como ingeniero de sistemas, es víctima de desinformación, aunado al hecho de la falta de educación financiera que tienen todos los Colombianos sobre las pensiones, lo cierto es que no obra prueba documental dentro del expediente que acredite la asesoría o información

brindada al actor respecto de su situación pensional o realizándole una proyección de su mesada pensional, por tal razón, solicita se revoque la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, teniendo en cuenta los 3 factores que constituyen una fuente perfecta para acreditar que el demandante en ningún momento fue asesorado, que el fondo privado no cumplió con su obligación de entregar toda la información necesaria, para tomar la decisión de trasladarse.

Procede la sala a resolver la apelación, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente declarar la nulidad o la resolución del contrato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad que tuvo con la AFP Colfondos SA, y tener como única afiliación válida a la del régimen de prima media, administrada por Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA SA, el 15 de enero de 1999, con efectividad 1 de marzo de 1999, posteriormente, el 14 de febrero de 2000 solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, efectiva a partir del 1º de abril de 2000. Con posterioridad, el 19 de marzo de 2992 solicitó trasladarse de régimen, retornando al RPM administrador por Colpensiones, con efectividad a partir del 1º de mayo de 2002. Finalmente, solicitó un nuevo traslado de régimen con destino al RAIS, administrado por Colfondos SA el 5 de septiembre de 2007, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 2007 (fl. 157).

Teniendo en cuenta lo anterior, el actor afirma en su demanda que el asesor que lo afilió a Colfondos SA omitió brindarle una asesoría adecuada, concreta y oportuna, lo que impidió establecer y comparar ventajas y desventajas del RAIS administrado por Colfondos, razón por la cual, en términos de la demanda, solicita la "resolución del contrato de administración de aportes" suscrito con Colfondos SA, y permitir su retorno al RPM administrado por Colpensiones, por lo que la Sala infiere, tanto de los hechos, pretensiones, alegatos de conclusión, y del recurso de apelación impetrado, que lo que pretende el demandante es ante la omisión de la información por parte de la AFP demandada, se declare la nulidad de traslado efectuado por el actor en el año 2007 al RAIS administrador por Colfondos SA, y declarar que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones.

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos, y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- 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.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLFONDOS SA** (fls. 65 a 90 y 155 a 171), así como **COLPENSIONES** (fls. 116 a 143), solo adjuntan como pruebas: formato de solicitud a afiliación a la AFP Colfondos SA del año 2007, certificación de la vinculación y el estado activo del demandante a Colfondos, reporte de historia laboral, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 05 de septiembre de 2007, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI art. 117 al establecer la pensión de referencia para el cálculo del bono pensional, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art. 10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Marcela Ramírez (fl. 91), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Asi mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 565,29 semanas cotizadas (fl. 107) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2020 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 107), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango

constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el día 5 de septiembre de 2007, y en consecuencia se **REVOCARA** en su integridad el fallo proferido en primera instancia, y en su defecto se accederá a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, condenar a la AFP COLFONDOS SA a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante ROBERTO ARTURO PAREDES BORBÓN a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y ORDENAR a COLPENSIONES a recibirlos, y reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se declarara no probada de la excepción de prescripción.

COSTAS. Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA** del traslado efectuado por ROBERTO ARTURO PAREDES BORBON del ISS hoy Colpensiones al AFP COLFONDOS SA el día 05 de septiembre de 2005.

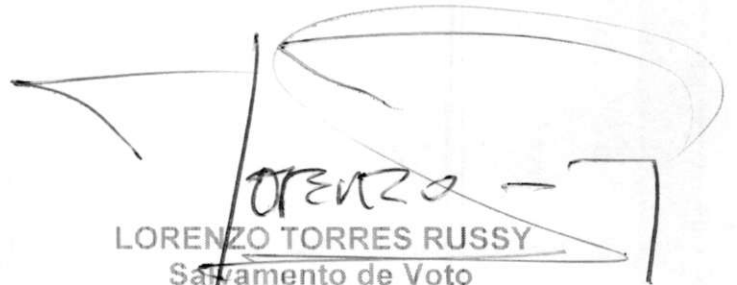
SEGUNDO: **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS SA a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante ROBERTO ARTURO PAREDES BORBON a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y **ORDENAR** a COLPENSIONES a recibirlos, y reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501720170069601)



LORENZO TORRES RUSSY
Savamento de Voto
(Rad. 11001310501720170069601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310501720170069601)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 03-2018-00102-01

Bogotá D.C., julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **JAIME ANTONIO CALLEJA RÚA**
DEMANDADO: **ARMALCO SA EN LIQUIDACIÓN**
DERALAM DERIVADOS DEL ALAMBRE SAS
AUGUSTO PINEDA RODRÍGUEZ
ASUNTO : **APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 03° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Corrido el respectivo traslado, las partes no presentaron alegaciones por escrito, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor **JAIME ANTONIO CALLEJA RÚA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **ARMALCO SA EN LIQUIDACIÓN, DERALAM DERIVADOS DEL**

ALAMBRE SAS y AUGUSTO PINEDA RODRIGUEZ con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4 y 5):

DECLARACIONES:

- 1) Que la terminación del contrato de trabajo del demandante fue ilegal, y por lo tanto, ineficaz, toda vez que no medió autorización expresa del Ministerio de la Protección Social para permitir tal culminación.
- 2) Que el demandante se encuentra cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada en razón de su limitación física.
- 3) Que existió la figura de sustitución patronal entre ARMALCO EN LIQUIDACION JUDICIAL y DERALAM – DERIVADOS DEL ALAMBRE SAS.
- 4) Que el señor AUGUSTO PINEDA RODRIGUEZ es responsable de la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, dignidad humana, seguridad social, la familia y salud del demandante.

CONDENAS:

- 1) Ordenar al señor AUGUSTO PINEDA RODRIGUEZ, como representante legal de la empresa DERALAM – DERIVADOS DEL ALAMBRE SAS el reintegro definitivo del demandante en la planta de personal en un cargo de igual o en mejores condiciones.
- 2) Al pago de la seguridad social (efectuando la afiliación y aportes dejados de cancelar a la Administradora de Riesgos Profesionales, Empresas Promotoras de Salud y Fondo de Pensiones).
- 3) El pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido del demandante hasta el momento en el que se ordene su reintegro.
- 4) Ordenar a la parte demandada al pago de la indemnización por despido ilegal descrita en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- 5) Condenar al pago de la reparación integral de daños y perjuicios morales y materiales ocasionados al demandante, desde el momento de la terminación ilegal del contrato hasta el momento en que se verifique su pago de lo adeudado.
- 6) Costas procesales.

ARMALCO SA EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda (fls. 91 a 106), así como **AUGUSTO PINEDA RODRIGUEZ** y **DERELAM SAS** (fls. 108 a 122) de acuerdo al auto visible a folio 179. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

El **JUZGADO 03° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de septiembre de 2019. **ABSOLVIÓ** a las demandadas **ARMALCO SA EN LIQUIDACION**, **DERALAM – DERIVADOS DEL ALAMBRE SAS** y **AUGUSTO PINEDA RODRIGUEZ**, en su condición de demandado como persona natural, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, **JAIME ANTONIO CALLEJAS RUA**. Sin condena en costas en esa instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación, en cuanto a los siguientes puntos de la sentencia de primera instancia:

1. **REINTEGRO ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Señala que la empresa demandada tenía conocimiento del estado de salud del actor, pues supo de las incapacidades que le fueron otorgadas, así como de las manifestaciones hechas por él, acerca de las afecciones que sufría de su cintura, por lo que debía tener estabilidad laboral reforzada y solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para darle por terminado el contrato, máxime si se tiene en cuenta que el empleador omitió su responsabilidad de reportar el accidente del actor, y el criterio Constitucional no se debe limitar para ser revisado si el trabajador cuenta o no con calificación o dictamen de pérdida de capacidad laboral, o una certificación que diga su estado de limitación, lo cual era imposible obtener por parte del demandante cuando fue despedido inmediatamente, y comenzó a sufrir una disminución física y de salud, relacionado con su actividad laboral, pues la estabilidad laboral reforzada no se refiere únicamente al origen o a que sea profesional, pues hay incoherencias que siempre se presentan y es normal en este trámite de calificación, por ello se acude a diferentes recursos, incluso demandadas para determinar el origen de las patologías.

- 2. SUSTITUCIÓN PATRONAL:** Señala que si bien la empresa ARMALCO SA se encuentra en proceso de liquidación, lo cierto es que DERALAM desarrolla el mismo objeto social de la empresa ARMALCO, pues ambas explotan comercialmente el hierro y sus derivados, de lo que se infiere que la similitud en ambas empresas en el objeto social, lo que configura la sustitución patronal, para ordenar el reintegro efectivo solicitado en la demanda.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

II. CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si en el presente asunto se configura la sustitución patronal entre las empresas ARMALCO SAS y DERALAM SA **2.** Si le asiste derecho al demandante a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mejores condiciones, sin que haya solución de continuidad por considerar que fue despedido sin justa causa y estar amparado con estabilidad laboral reforzada.

EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL:

Sea lo primero señalar que no es objeto de controversia en la alzada, la relación laboral que ató a las partes, ya que se encuentra plenamente demostrado que el señor JAIME ANTONIO CALLEJA RUA, se vinculó a la demandada ARMALCO SA EN LIQUIDACION, mediante un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 23 de noviembre de 2012 al 05 de septiembre de 2014, que se dio por terminado por decisión unilateral del empleador, aspectos estos que admitió la

demandada desde la contestación y que además se coligen con la copia del contrato de trabajo y certificación laboral (fl. 32 y 34).

SUSTITUCION PATRONAL:

Por razones de método, la Sala abordará en primer lugar lo que tiene que ver con la sustitución patronal incluido en el recurso de apelación, por lo que es del caso traer a colación el artículo 67 del CST, que establece la sustitución de empleadores así:

ARTICULO 67. DEFINICION. *Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.*

Frente al tema, la H. Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de explicar en sentencia SL 749 con radicación 77066 del 4 de marzo de 2020, reiteradas en SL, 21 sep. 2010, rad. 32416, SL20738-2017 que, para que opere la sustitución patronal, se exige la comprobación de: i) el cambio de un patrono por otro; ii) La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento y iii) la continuidad de servicios del trabajador, mediante el mismo contrato de trabajo.

Indicó además que, como quiera que la sustitución patronal tiene como objetivo, la unidad contractual como medida de protección de los derechos laborales de los trabajadores por el cambio de empleador, la sola suscripción de un nuevo convenio entre el subordinado y el sustituto no puede implicar el nacimiento de un nuevo vínculo contractual, a menos que se varíen las condiciones para su desarrollo. Así lo resolvió esta Corporación en sentencia SL, 4 ago. 2009, rad. 31808, en la que adoctrinó: «no puede estimarse de manera rigurosa que la sustitución patronal se frustra siempre que aparezca un nuevo contrato de trabajo con el empleador sustituto, sino que deben analizarse las circunstancias en las que culminó el vínculo con el empleador sustituido y las condiciones de ejecución del nuevo».

No obstante, lo anterior, y a pesar del recurso de apelación presentado por la parte demandante, ha de señalarle al recurrente que, debió demostrar el cumplimiento de

todos los requisitos que se han exigido para acreditar y declarar la sustitución patronal, no obstante lo anterior, como bien lo indicó el Juez de instancia, la parte demandante no logró acreditar la misma, por cuanto en primer lugar, en vigencia de la relación laboral no hubo un cambio de patrono por otro, en segundo lugar, tampoco hubo una continuidad de la empresa mientras estuvo vigente la relación la laboral y en último lugar, no hubo continuidad de servicios del trabajador, mediante el mismo contrato de trabajo, pues vale resaltar que, el contrato de trabajo se dio por terminado el 5 de septiembre del año 2014, y la sociedad DERALAM se constituyó o surgió a la vida jurídica con posterioridad, esto es, el 22 de octubre de 2014, fecha para la cual el demandante no estaba prestando sus servicios para la empresa ALMARCO, razón por la cual, habrá de despacharse desfavorablemente ésta súplica impetrada por el recurrente, tendiente a declarar la sustitución patronal.

REINTEGRO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

El Juez de instancia negó el reintegro del trabajador por considerar que no se encontraba acreditado que al momento de la terminación del vínculo laboral el 05 de septiembre de 2014, el demandante no se encontraba incapacitado o calificada la pérdida de su capacidad laboral, ni se evidenciaba que la finalización del vínculo se diera con ocasión a su condición de salud o con fines discriminatorios, por lo que no se requería autorización previa para su despido.

Inconforme con la anterior decisión, el demandante interpuso recurso de apelación, indicando que de las pruebas allegadas se desprendía que si bien al momento del despido no estaba calificado, si se encontraba en tratamiento médico por las patologías surgidas con ocasión a un accidente de trabajo, de lo cual tenía conocimiento el empleador, requiriéndose por ende autorización del Ministerio del Trabajo para la terminación del contrato.

En relación con este aspecto, resulta pertinente señalar que el sustento jurídico de lo pretendido corresponde a lo previsto en el artículo 26¹ de la ley 361 de 1997,

¹ **ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad>¹² de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad>¹² sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad>¹² podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹², salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

disposición legal que prevé que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación, a menos que medie una autorización del inspector de trabajo. Así mismo, que quien fuera despedido sin el cumplimiento del requisito anterior, tendría derecho a una indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones previstas en el CST y demás normas concordantes y complementarias.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Protección Social.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En ese orden de ideas, en cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%,**

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹⁴, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2. Que el empleador conociera de su estado de salud; y 3. Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social". Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la Corte Constitucional y aplicada por el juez de instancia como fundamento

jurídico, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

Ahora bien, analizada la prueba allegada al plenario pertinente para resolver aportó orden para la práctica de una resonancia magnética nuclear de columna lumbosacra expedida por la doctora Andrea Torres Romero, el 10 de julio de 2014 sin que obra en el expediente siquiera el resultado si fue o cuál fue el resultado de ese examen (fl. 38), las siguientes incapacidad otorgadas al demandante: desde el 30 de julio al 1 de agosto de 2014 (fl. 44), del 2 al 11 de agosto de 2014 (fl. 39), del 12 al 16 de agosto de 2014 (fl. 40), del 21 al 23 de agosto de 2014 (fl. 41), del 24 de agosto al 2 de septiembre de 2014 (fl. 42), del 3 al 4 de septiembre de 2014 (fl. 43), historia clínica (fls. 46 a 67), paz y salvo con la empresa ARMALCO SA (fl. 35), copia de la acción de tutela proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 68 a 71).

Analizado el material probatorio allegado, considera la Sala que si bien el demandante parece de "Lumbagia Postrauma Indirecto", al momento de la terminación de la relación laboral no se encontraba incapacitado, ni en una condición de discapacidad en un grado de los requeridos por la norma para extender la protección, pues los medios de convicción allegados **no permiten establecer** una afectación tal que se encuadre dentro los grados establecidos para su aplicación, ni se acredita que la relación laboral terminara en ese momento por razón de una limitación física sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, razón por la cual habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502020170032501)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310502020170032501)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502020170032501)