

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CARMEN NATALIA LLANES DE TASCÓN** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicando un 84% al IBL obtenido de los últimos 10 años de cotizaciones o de toda la vida laboral, conforme lo que le sea más favorable, a partir del 21 de abril de 2001, el correspondiente retroactivo de las diferencias resultantes entre las mesadas reconocidas y las que debieron

cancelarse, el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación correspondiente.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 21 de abril de 1946; **2)** Laboró en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom desde el 17/10/1977 hasta el 08/03/1995, realizando aportes a Caprecom; **3)** Se afilió al ISS, donde cotizó desde el 01/04/1995 hasta el 28/04/2001, acreditando 291 semanas; **4)** A la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acreditaba más de 15 años de servicios cotizados y más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; **5)** Solicitó al ISS la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 15964 del 11/07/2002, en cuantía de \$1.165.118 con efectividad a partir del 30/04/2002, dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; **6)** Mediante Resolución SUB No. 74506 del 20/03/2018, Colpensiones reliquidó la pensión, asignando un monto de \$2.202.189 con efectividad a partir del 24/07/2012, en los términos de la Ley 71 de 1988, asignando una tasa de reemplazo del 75%; **7)** A través de escrito radicado el 04/10/2019, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con la sentencia SU 769 de 2014 expedida por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta todas las semanas acreditadas y cotizadas al sistema pensional, esto es 1.186; **8)** Colpensiones emitió la Resolución SUB 350235 del 21/12/2019, a través de la cual negó la solicitud de reliquidación presentada, señalando que el estatus pensional se acreditó el 21/04/2001, fecha anterior a la expedición de la sentencia antes mencionada; **9)** Se interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue resuelto mediante Resolución DPE 2552 del 13/02/2020, confirmando lo decidido inicialmente; **10)** La reclamación administrativa se agotó en los términos de ley.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (Archivo 6) se opuso a las pretensiones de la demanda, tras indicar que el hecho 7°, relativo a la resolución que resolvió un recurso de reposición no era cierto, aceptando los demás hechos expuestos en la demanda; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las que denominó: presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios, compensación, prevalencia del principio de favorabilidad, inaplicabilidad de la sentencia SU-769 de 2014 y la innominada.

Expuso que con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1.990, las 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o un total de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, deben ser cotizadas exclusivamente al ISS – hoy Colpensiones, y para el caso concreto de la actora, esta acreditó solamente 291 cotizadas exclusivamente al ISS –, razón por la cual no es beneficiaria de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Manifestó que la demandante no es beneficiaria de la sentencia SU 769 de 2014, puesto que acredita el estatus de pensionada el 21 de abril de 2001 fecha anterior a la expedición de la citada sentencia, razón por la cual no es procedente tomar en cuenta los tiempos cotizados a otras entidades para el estudio de la pensión de conformidad con el Decreto 758 de 1998.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 22 de septiembre de 2021, dictando sentencia absolutoria.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que la activa pretende se reliquide la pensión de vejez dando aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 84%, lo que no estimó improcedente a razón de que dicha tasa se aplica únicamente para quienes se les reconozca la prestación bajo los supuestos normativos de la norma en mención, al ser un aspecto propio de dicho Acuerdo, recordando que es posible conceder la pensión bajo esos requisitos cuando las cotizaciones son efectuadas al ISS hoy Colpensiones; por lo que, al descender al caso evaluadas las pruebas, especialmente el expediente administrativo, evidenció que la demandante prestó sus servicios a entidades públicas como Telecom y que dichos tiempos fueron tenidos en cuenta por el ISS – Colpensiones, para la liquidación de la prestación, y al tener la actora tiempos de cotización públicos y privados, dijo, no es posible dar aplicación a lo contenido en el Acuerdo 049 de 1990, reiterando que el mismo sólo se aplica cuando las semanas se cotizaron únicamente al ISS, como quiera que dicho Acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional del Seguro Social Obligatorio, por las regulaciones exclusivas de las prestaciones reconocidas por ese Instituto, además, resaltando que en el mismo no se contemplaba la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otra entidad ya que para ellos se contemplaba otro régimen como el establecido en la Ley 71 de 1988 que regula el tema de la pensión por aportes.

IV. APELACIÓN.

LA PARTE DEMANDANTE afirmó, que fue demostrado que la actora nació el 21 de abril de 1946, cumpliendo 55 años el mismo día y mes del año 2001, que trabajó en Telecom desde el 17 de octubre de 1977 hasta el 08 de marzo de 1995 y que posteriormente se afilió al ISS donde cotizó desde el 01 de abril de 1995 hasta el 28 de abril del 2001 y que es beneficiaria del régimen de transición, así mismo que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante resolución del año 2002 en los términos de la Ley 71 de 1988.

Indicó que posteriormente se solicitó la reliquidación de la prestación pensional teniendo en cuenta el cambio de criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sentado a través de la sentencia SL 1947 de 2020, en la que se estableció que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy Colpensiones y los tiempos laborados a entidades públicas, y que el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encontraban o se encuentren cobijados por este, en el sentido que la normatividad anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultractivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de las condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que en la sentencia de primer grado se señalaron sentencias de los años 2015 y 2017, sin tener en cuenta el cambio jurisprudencial ocurrido en el año 2020 con la mentada sentencia, adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no restringió el reconocimiento de las prestaciones a cotizar a uno u otro fondo de pensiones, simplemente esta norma respeta tiempo, monto y edad, siendo esto lo que se está solicitando, ya que en este caso se pide que se aumente el monto de la prestación de la demandante en consideración a las semanas cotizadas efectivamente al sistema pensional, teniendo en cuenta que acreditó 1.186 semanas para que se le aplique el 84% del IBL.

Precisó que el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no excluye a las personas beneficiarias del régimen de transición para que puedan acumular las cotizaciones o el tiempo de servicio al que se refiere la norma, así mismo, el parágrafo del artículo 33 dispone que los tiempos como servidor público son válidos para el cómputo de semanas para reconocer la pensión de vejez, lo que significa que la Ley 100 de 1993 no descarta la posibilidad de acumulación de tiempos públicos y privados como

lo señala la sentencia apelada y el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 no consagra que las cotizaciones deban ser exclusivas al ISS, simplemente establece unos requisitos que cumple la accionante, por lo que no se pueden interpretar desfavorablemente las normas en perjuicio de los intereses pensionales de la demandante, desconociendo que la acumulación de tiempos públicos y privados ya fue avalada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral.

Solicitó tener en cuenta la sentencia con radicado 77055 del 27 de octubre del 2020, la SL 1981 del 2020 y la SL 4940 de 2020 con radicación 68407, mediante las cuales se dijo que no se deberían exigir cotizaciones realizadas antes del 01 de abril de 1994 para aplicar el Decreto 758 de 1990 en los términos del régimen de transición.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, el presente asunto fue asignado inicialmente al despacho del Magistrado David A.J. Correa Steer, mediante reparto efectuado el 28 de septiembre del 2021, posteriormente se admitió el recurso y se corrió traslado a las partes; sin embargo, mediante auto del 29 de julio del año 2022, al ser derrotada la ponencia de la ponente, se dispuso pasar el expediente a la Magistrada que sigue en turno. Repartido nuevamente el asunto de la referencia el día 10 de noviembre del 2022, las diligencias fueron ingresadas al despacho, observando que no existe nulidad que invalide lo actuado, por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como **problema jurídico** verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por la

demandante, computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS, en aras a obtener la reliquidación de la prestación bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 84%.

De reliquidación pensión de vejez de conformidad con el acuerdo 049 de 1990.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que, frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más

favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año véanse al respecto sentencias como las CSJ SL032-2018, y CSJ SL1652-2018.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos

últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en la sentencia **CSJ SL1947-2020 rad. 70918, reiterada en la CJ SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ SL2557-2020 rad. 72425, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión". (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, no se puede pasar por alto que dicha reliquidación se torna improcedente frente a la pensión de la Ley 33 de 1985 cuando se reconoce esta y aún no se habían cumplido los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, no siendo así con la Ley 71 de 1988, como quiera que el requisito de edad es el mismo exigido en el citado Acuerdo 049 de 1990. Al respecto, en sentencia SL3484-2022, se señaló:

"Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro

de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, ya que no se han cancelado mesadas pensionales en periodos anteriores.

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación”.

Del caso concreto.

No existe controversia y se encuentra acreditado en juicio que: **(i)** Carmen Natalia Llanes de Tascón nació el 21 de abril de 1946 (fl. 10 del archivo 1 Carpeta 1); **(ii)** que mediante Resolución 015964 del 11/07/2002 le fue reconocida la pensión de vejez por el entonces ISS, con base en la Ley 71 de 1988 a partir del mes de abril del 2001 en cuantía de \$1.165.118 (folios 16 a 19 archivo 1 – carpeta 1 y Carpeta 7.1); **(iii)** que mediante Resolución GNR 296476 de septiembre de 2015, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de vejez , lo que fue confirmado mediante Resoluciones No. GNR 418715 de diciembre de 2015 y VPB 11932 de 2016 (Carpe ta 7.1); (archivo GEN-RES-CO-2015_9456135-20151002050939.pdf carpeta 7.1); (iv) que el 31 de enero del 2018, la actora solicitó de nuevo la reliquidación de su pensión, a lo que accedió la demanda mediante Resolución SUB 74506 del 20 de marzo del 2018 (fl. 21 a 30 archivo 1 – carpeta 1 y Carpeta 7.; **(v)** La activa solicitó nuevamente reliquidación de la pensión el 04 de octubre de 2019 teniendo en cuenta la sentencia SU 796 de 2014, petición negada por la pasiva mediante Resolución SUB 350235 del 21 de diciembre de 2019, confirmada mediante Resolución DPE 2552 del 13 de febrero del 2020 (fls. 31 a 56 archivo 1 – carpeta 1 y Carpeta 7.1)

Pues bien. Efectuado el análisis de rigor, en primer lugar encuentra la Sala que a la accionante le fue reconocida una pensión de jubilación por aportes por ser beneficiaria del régimen de transición de conformidad con la Ley 71 de 1988, que fue liquidada teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, que es hoy precisamente el motivo de la controversia, pues la parte actora solicita se aplique una tasa del 84%.

Por otra parte, se avizora que el tiempo total que laboró la demandante fue **1.186** semanas, lo que se extrae de la Resolución DPE 2552 del 13 de febrero de 2020¹ (Archivo GRF-AAT-RP-2020_647686-20200218033142.pdf Carpeta 7.1) y que, teniendo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición -al faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional al momento de entrar en vigor el sistema, pues para el 01/04/1994 tenía 47 años-, el IBL para liquidar su pensión de vejez será, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior. Para el caso concreto de la actora, se observa que la pensión de jubilación fue liquidada teniendo en cuenta la inclusión de tiempos públicos, pues la prestación se reconoció de conformidad con la Ley 71 de 1988.

De esta manera, la controversia únicamente gira en torno a la viabilidad de reconocer la prestación con el Acuerdo 049 de 1990, y por ende reliquidar esta con una mayor tasa de reemplazo, a lo que se accederá siguiendo la línea jurisprudencial del órgano de cierre y concretamente lo establecido a partir de en las sentencias SL1947-2020 y SL1981-2020, pues conforme el precedente es viable contabilizar tiempos públicos y privados para el reconocimiento de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

¹ La cual fue la última que Colpensiones expidió respecto de la petición de reliquidación de la prestación pensional.

Lo dicho, por cuanto la demandante acumula los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 55 años, y un mínimo de 1000 semanas, pues conforme el documento de identidad allegado al plenario la demandante cumplió 55 años el 21 de abril de año **2001**, data para la cual ya contaba con 1.186 semanas de cotización; así las cosas, y como quiera que el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 establece que entre 1.150 y 1.200 semanas, se debe reconocer la prestación con una tasa de reemplazo del 84%, se accederá al reajuste pensional teniendo en cuenta tal tasa.

Ahora bien, al revisarse minuciosamente los documentos arrimados por la accionada en el expediente administrativo, se encuentra la **Resolución SUB 74506** del 20 de marzo del 2018², acto administrativo en el que se accedió a la reliquidación de la prestación pensional de la actora a partir del año 2012. En dicho acto administrativo se lee que la entidad, tuvo en cuenta como **IBL** más beneficioso la suma de **\$1.666.482**, por lo que a esta suma le aplicó el 75%, arrojando como mesada pensional (para el 2012) la suma de **\$2.200.739**, lo cual luce errático, ilógico e incoherente, pues la mesada verdaderamente reconocida a partir de allí es incluso mayor al IBL sobre el cual se supone aplicó el 75%. De cálculos aritméticos básicos refulge claro que si el IBL fue la suma de \$1.666.842, el 75% del mismo arroja una mesada muy inferior a la que se avino a pagar la entidad a partir de dicha reliquidación, luego, resulta evidente concluir que existe un error en las operaciones matemáticas efectuadas en tal Resolución – que ni la activa ni la pasiva habían advertido- y la misma no arroja elementos nítidos para identificar el IBL con el que debe reliquidarse la prestación.

Por lo anterior, para resolver el problema jurídico aquí planteado y, atendiendo la particularidad antes señalada, teniendo en cuenta que en este asunto no es motivo de controversia el valor de la pensión calculada en la **Resolución**

² Carpeta 7.1 archivo GRF-AAT-RP-2018_1122811-20180320063744.pdf

SUB 74506 del 20/03/2018 – pues lo que se busca con las posteriores solicitudes de reliquidación es que la tasa de reemplazo aumente, sin que se controvierta el valor del IBL – entiende esta Corporación que la suma de **\$2.200.739** calculada por Colpensiones como mesada pensional para el año 2012 se encuentra correcta.

Al punto debe anotarse que Colpensiones no ha buscado dejar sin efecto su propio acto administrativo, el cual a todas luces contiene un error, pese a que fueron expedidas resoluciones posteriores en los años 2019 y 2020, como fueron la SUB 350235 y la DPE 2552, respectivamente.

En otras palabras se tiene que, si Colpensiones no ha puesto en evidencia error alguno relativo al **valor** de la mesada que reliquidó en la Resolución **SUB 74506 del 20/03/2018** en beneficio de la demandante, se debe presumir que dicho valor es correcto, lo que le permite a la Sala tener ello como punto de inicio para hallar el verdadero valor del IBL que tuvo en cuenta para calcular la misma.

Efectuados los cálculos de rigor, se tiene que el IBL sobre el cual se calculó la mesada pensional de **\$2.200.739** es la suma de **\$2.934.318,66** y no de \$1.666.482 como erráticamente lo indicó en el acto administrativo antes referido.

Puestas de este modo las cosas, teniendo en cuenta que a la actora le asiste el derecho a que se le reconozca su prestación pensional aplicando una tasa de reemplazo del 84%, al realizarse las operaciones matemáticas de rigor se tiene que:

$$\text{IBL: } \$2.934.318,66 * 84\% = \$2.464.827,67$$

Por lo que la mesada pensional de la actora para el año 2012, corresponde a la suma de **\$2.464.827,67**.

Conforme lo anterior se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, para en su lugar DECLARAR que la señora Carmen

Natalia Llanes de Tascón tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, al ser beneficiaria del régimen de transición, con base en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo una tasa de reemplazo del 84% por lo que su mesada a partir del 24 de julio de 2012, corresponde a la suma de **\$2'464.827,67**; y se procede a estudiar si operó el fenómeno prescriptivo y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

Prescripción.

En el plenario se tiene que la pensión reconoció mediante la Resolución 015964 del 11/07/2002, que se accedió a la reliquidación mediante Resolución SUB 7456 del 20/03/2018, habiéndose notificado esta última el 05/04/2018 (archivo GEN-RES-CO-2018_3747061-20180405030951.pdf carpeta 7.1), y la Resolución DPE 2552 del 13/02/2020, que resolvió la apelación se notificó el 02/03/2020 (archivo GRP-FSP-AF-2018_1122811-20180131012214.pdf Carpeta 7.1), agotándose así la reclamación administrativa, por lo que refulge nítido que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción, de conformidad con los art. 488y 489 del C.S.T y el 151 del CPTSS, si se tiene en cuenta además, que la demanda se presentó el 23/10/2020 (Fl. 63 archivo 1).

Por lo anteriormente expuesto, se reitera, habrá de **REVOCARSE** la sentencia de primer de primer grado para en su lugar y tener como mesada pensional para el año 2012 la suma de **\$2.464.827,67** y por los subsiguientes las sumas que a continuación se señalan:

2013	\$2.524.969
2014	\$2.573.954
2015	\$2.668.161
2016	\$2.848.795
2017	\$3.012.601
2018	\$3.135.816
2019	\$3.235.535
2020	\$3.358.485
2021	\$3.412.557
2022	\$3.604.343

Así mismo, se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales resultantes

entre el valor de las mesadas pensionales canceladas a la actora y las aquí se calculadas, así como el pago de la indexación sobre dichas sumas, a partir del 24 de julio del 2012 hasta su pago.

De los intereses moratorios.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

De igual manera, en la sentencia SL3130-2020 se sentó un nuevo criterio frente a la procedencia de los intereses moratorios cuando se está frente a un reajuste o reliquidación pensional, señalando que *“los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”*

Y en el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, el órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral en sentencias como la SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, presupuesto que acontece en el caso bajo estudio, como quiera que la reclamación de reliquidación se presentó el 01 de enero del 2018 y el cambio jurisprudencial se presentó con la sentencia SL1947-2020 que data del 01 de julio de 2020.

De conformidad con lo dicho, se considera que no hay lugar al pago de intereses moratorios, lo que abre paso al reconocimiento de la indexación atendiendo la depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias **SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.**

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

DECISIÓN LABORAL, 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 apelada, atendiendo las razones aquí expuestas.

SEGUNDO - En consecuencia, reconocer como mesadas pensionales de la demandante las siguientes:

2013	\$2.524.969
2014	\$2.573.954
2015	\$2.668.161
2016	\$2.848.795
2017	\$3.012.601
2018	\$3.135.816
2019	\$3.235.535
2020	\$3.358.485
2021	\$3.412.557
2022	\$3.604.343

TERCERO - CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales resultantes entre el valor de las mesadas pensionales canceladas a la actora y las aquí se calculadas, así como el pago de la indexación sobre dichas sumas, a partir del 24 de julio del 2012 hasta su pago.

CUARTO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500420200039701
Demandante: CARMEN NATALIA LLANES DE TASCÓN
Demandado: COLPENSIONES



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: CARMEN NATALIA LLANES DE TASCÓN
Demandada: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**004-2020-00397-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, toda vez que no comparto las consideraciones y criterio expuesto en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa, como en el caso se pretendía, o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las

condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

En consecuencia, considero que no hay lugar a la referida sumatoria para determinar el derecho pensional y sus condiciones de reconocimiento, en aplicación del régimen de transición que remite al A.049 de 1990, ni han de tenerse en cuenta los periodos laborados en el sector público sin cotización, para ningún efecto, lo que incluye el cálculo del ingreso base de liquidación y el monto pensional, ni a modificar el valor de la prestación por esa causa.

Además, preciso que lo expuesto cobra mayor relevancia en este asunto, en el que según los hechos en los que se sustenta lo pretendido, **la accionante no estuvo afiliada al ISS en vigencia del citado Acuerdo, por lo que no tenía expectativa alguna de beneficiarse de él, que fuera menester proteger con el régimen de transición** (CSJ SL4392-2020)

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d36b70b861ed89c8f7037f0aa4437c3640176fd1e65e6989fc069acf5261a327**

Documento generado en 06/02/2023 08:12:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de MEDIMÁS E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **LUIS JOSÉ VELÁSQUEZ ARBELÁEZ** en contra de **MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende obtener en su favor el pago de la suma de \$821.590, valor en que incurrió por gastos de quimioterapia y exámenes de laboratorio en el Instituto Nacional de Cancerología.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Es paciente con tratamiento de cáncer; **2)** En el 2019 fue

atendido por el Instituto Nacional de Cancerología, en donde le fue ordenado seis ciclos de quimioterapia, uno cada 21 días, siendo el último de ellos el del 20 de enero de; **3)** En MEDIMÁS E.P.S. nunca le autorizaron el procedimiento, por lo que, lo tuvo que pagar ante médico particular junto con los exámenes de laboratorio; y **4)** En febrero de 2020 solicitó reembolso, pero este le fue negado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

MEDIMÁS E.P.S. (archivo 02), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó desconocimiento de los términos establecidos en la Resolución 5291 de 1994, cumplimiento de las obligaciones como aseguradora y cobertura de prestación de servicios, no se demostró en el plenario la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos que configuran el reconocimiento del reembolso deprecado, y la genérica.

Manifestó que siempre le ha prestado con efectividad y oportunidad los servicios que ha demandado la salud del usuario para tratar sus dolencias; que no obra prueba en el plenario que permita evidenciar realmente una circunstancia de negación de servicios por parte de la E.P.S.; que para la época de los hechos contaba con un contrato vigente con el Instituto Nacional de Cancerología; que ha expedido cada una de las autorizaciones para las quimioterapias que ha necesitado el demandante; que la solicitud de quimioterapia se devolvió por cuanto se evidenciaron varias inconsistencias en la solicitud presentada; y que no se está demostrando incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada en los servicios requeridos por el actor.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la

Superintendencia Nacional de Salud (archivo 04), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de febrero de 2022, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: ACCEDER a la pretensión formulada por el actor en contra de MEDIMÁS E.P.S.

SEGUNDO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. reembolsar a favor de la masa sucesoral del actor, la suma de \$821.590,24 en el término de cinco días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

En síntesis, refirió que la salud es un derecho fundamental orientado por principios como el de la integralidad, lo que permite a que se debe garantizar a todos los usuarios del sistema de seguridad social brindar los servicios que autorice el médico tratante; que los derechos de las personas de la tercera edad deben reforzarse en atención al alto grado de vulnerabilidad que pueden presentar, así como las personas que tienen sospecha o diagnóstico de cáncer; que al demandante se le autorizó el servicio de quimioterapia por parte del oncólogo clínico, procedimiento que está incluido dentro del plan de beneficios, de manera que la E.P.S. debía asumir su cobertura; que frente a pacientes con cáncer es deber de las E.P.S. emitir desde el inicio la autorización por la totalidad de los ciclos programados por los médicos tratantes, siendo deber en caso de los adultos mayores hacerlo en un término de 48 horas; que por lo anterior, se verificó una negligencia y una negativa injustificada por parte de la entidad; y que los gastos demostrados ascienden a la suma de \$821.590,24.

IV. APELACIÓN.

MEDIMÁS E.P.S. (archivo 05) adujo que las solicitudes de reembolso del demandante fueron devueltas, como quiera que la primera solicitud presenta inconsistencia e incoherencia, toda vez que el servicio es del 20 de enero del 2020 y la toma del 24 de enero del mismo año, y se argumentó no autorización de la

E.P.S., no obstante, el servicio era ambulatorio y el tiempo para autorizarlo era de cinco días; que pese a ello, el usuario realizó el examen de manera particular sin surtir el trámite; que frente a la segunda solicitud, se verificó que no estaba debidamente suscrito el formulario de reembolso; que se autorizó el servicio de poliquimioterapia direccionado para el Instituto Nacional de Cancerología, y se autorizaron otros servicios de consulta de especialistas, exámenes de apoyo diagnóstico, laboratorios, de acuerdo con las órdenes médicas y hospitalización; que se presentó de forma incompleta los servicios exigidos; y que el reembolso se debe hacer dentro de los términos que establece la ley.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, el presente asunto fue asignado inicialmente al despacho de la Magistrada Luz Patricia Quintero Calle, mediante reparto efectuado el 08 de septiembre de 2022; sin embargo, mediante auto del 31 de octubre del año 2022, al ser derrotada su ponencia, se dispuso pasar el expediente a la Magistrada que sigue en turno. Repartido nuevamente el asunto de la referencia el día 23 de enero de 2023.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado. Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de las

sumas que asumió el demandante por concepto de quimioterapia y exámenes de laboratorios.

Gastos de quimioterapia y exámenes de laboratorio.

El Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud**. Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud**. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

Ahora bien, el suministro de tratamientos dispuestos por un médico tratante es una de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio de salud, para lo cual se deben observar los principios de oportunidad y eficiencia. En efecto, en sentencia T-531 de 2009, la H. Corte Constitucional estableció que la prestación eficiente del servicio de salud guarda estrecha relación con la razonabilidad de los trámites administrativos, de tal manera que no se impongan demoras excesivas que impidan o dificulten el acceso al servicio y no constituyan para el interesado una carga que no le corresponde asumir:

“Desde esta segunda óptica, el principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

El mismo legislador en la Ley 100 de 1993 consagró este principio en el numeral 3° del artículo 153 cuando señaló que: *“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”*. De igual forma, el literal c del artículo 156 ibídem expresa que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”*

Resulta frecuente que las solicitudes elevadas a los jueces de amparo versen justamente sobre el reconocimiento de un *conjunto* de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de una persona, que ha sido determinada por un médico.”

De igual manera, en sentencia T-387 de 2018 se desarrolló un **criterio encaminado a proteger de manera especial y reforzada a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer**, es así como la jurisprudencia constitucional estableció que en estos casos la integralidad del servicio comprende brindarles acceso al servicio de salud sin obstáculos, efectuar un oportuno tratamiento integral para la atención de su patología, lo que implica no sólo el derecho a “recibir” todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes, tratamientos, sino también **las garantías de recibir los servicios de apoyo social y de un entorno tolerable y digno:**

“(…) 26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y**

constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad. Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS.

Por las anteriores razones, advierte la Corte la necesidad de instar a la Superintendencia Nacional de Salud para que dinamice de forma urgente los compromisos adquiridos mediante la Circular 04 de 2014 respecto de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, y desarrolle medidas urgentes que permitan mejorar la oportunidad para el diagnóstico y la atención eficaz del cáncer en Colombia”.

Finalmente, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a las personas de la tercera edad**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

*“Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los **adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.***

*Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que **las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.** Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:*

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

“(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”.

*Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de **sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros.** Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas (...)*”. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien supera la edad de 60 años, y el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

“Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor”.

“Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE”

De lo probado en el proceso.

- i) Luis José Velásquez nació el 20 de junio de 1952 (fl.15 del archivo 01).
- ii) El 20 de enero de 2020, el médico tratante del actor, Jesús Oswaldo Sánchez Castillo ordenó al demandante un tratamiento con el medicamento *capecitabine oxaliplatino* por seis ciclos, así como laboratorios clínicos, en virtud, a que el demandante padecía de un tumor maligno y/o tratamiento asociado con patología cancerosa; fecha para la cual estaba próximo a cumplir los 67 años de edad (fls.3 a 7 del archivo 01).
- iii) El pago de laboratorios clínicos por valor de \$113.000, así como de la factura de un tratamiento por quimioterapia equivalente a \$708.590,24, del 24 de

enero y 04 de febrero de 2020, respectivamente (fls. 8 a 10 del archivo 01).

- iv) La solicitud de reembolso efectuada a la demandada, y que fuere negada por esta el 08 de mayo de 2020 (archivo CM-2020-41206 J-2020-0687 del archivo 2).

Pues bien. Del análisis integral de las anteriores pruebas encuentra la Sala que al ser el demandante una persona a la que se le halló un tumor maligno “con sospecha de cáncer”, así como que para dicho diagnóstico tenía más de 60 años, y por ende ser una persona de la tercera edad, que como quedó visto es un sujeto de especial protección, resultaba necesario que MEDIMÁS E.P.S. asumiera de forma prioritaria cada uno de los tratamientos que debían ser prestados a su favor.

Igualmente, considera la Sala que los servicios que se prestaron no era caprichosos, pues por el contrario se encontró que el demandante padecía de un tumor maligno, por lo que, lo prudente era que la E.P.S. realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr la protección del derecho fundamental a la salud de la accionante.

De esta manera, sería del caso ordenar el reembolso del tratamiento que presuntamente asumió de su peculio, sino fuera porque de la documental allegada no es dable extraer certeramente que pagó el tratamiento de capecitabine oxaliplatinono, puesto que si bien al plenario se allegó la factura emitida por el Instituto Nacional de Cancerología a folio 8 del archivo 01, dicho título valor carece de constancia de pago, incluso se observa que señala “cuota a cargo de Enríquez Miranda, Julio Fernando” y aparece “0”, por lo que en tales condiciones ciertamente, la documental arrimada para lograr su reconocimiento se encuentra incompleta, y por ende, no podría ordenarse su reembolso.

Por otra parte, y en cuanto a los laboratorios clínicos por valor de \$113.000, la Sala sí encuentra que los pagos de estos se

acreditaron con el documento obrante a folio 10 del archivo 01, en donde se verifica que aparece que el valor fue abonado, así como que está a nombre del accionante; laboratorios que debe señalarse también fueron ordenados por el médico tratante del accionante, como se expuso previamente (fl.6 del archivo 01).

Así las cosas, considera la Sala que es procedente el pago de dichos laboratorios, puesto que no puede considerarse que la situación de salud del accionante fue asumida por parte de la E.P.S. con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que del recuento jurisprudencial relatado, es claro que al estarse frente a un tratamiento contra una patología cancerosa, este no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse sin ningún tipo de obstáculos, de forma ágil y oportuna; pues recuérdese que la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

Así mismo, se hace necesario resaltar que si bien MEDIMÁS E.P.S. señala en su impugnación que al actor se le autorizaron todos los servicios derivados de la patología que padecía, adjuntando para ello la constancia de los servicios que prestó a su favor en la contestación de la demanda (archivo 02), lo cierto es que, conforme a la sentencia T-387 de 2018 el tratamiento integral de los servicios médicos de personas que padecen o sobre los que se tiene una sospecha de cáncer, implica “recibir” todos los tratamientos relacionados con este de manera rápida y ágil, por lo que, no bastaba que se autorizara el tratamiento, era necesario que el demandante recibiera este de forma tal que no se viera desprotegida su salud y vida, se reitera, de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario, máxime si se tiene

en cuenta que se trataba de una persona que tenía 67 años de edad.

Por otra parte, la entidad accionada señala en su impugnación que no se presentan los escenarios del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, para que proceda el reembolso de los gastos que asumió la demandante; norma que establece:

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

No obstante, y conforme a lo explicado en precedencia la Sala no comparte el criterio del impugnante, puesto que ante el padecimiento que tenía el accionante era necesario que brindara el servicio de salud, de la manera más rápida y oportuna, pues en caso contrario era dable deprecar una negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud; recuérdese que al estarse frente a una persona con cáncer o con sospecha de este, cualquier clase de barrera debía ser completamente removida, sin poner obstáculos como los anunciados en la respuesta al líbelo genitor relativos a carencia de algunas firmas, por lo que, no podía la entidad so pretexto del incumplimiento de aspectos meramente formales, negar el reconocimiento de servicios médicos a su cargo, pues un entender contrario puede poner en alto riesgo la vida de su afiliado.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01329 -01
Demandante: **JULIO FERNANDO ENRÍQUEZ MIRANDA.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

Aunado a ello, no sobra rememorar que de antaño la H. Corte Constitucional ha señalado, *“que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación (...) de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren”* (T-594 de 2007).

Corolario de lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ordenar únicamente el pago de \$113.000, valor que fue debidamente acreditado ante esta corporación.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a MEDIMÁS E.P.S. a reembolsar únicamente la suma de \$113.000.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01329 -01
Demandante: **JULIO FERNANDO ENRÍQUEZ MIRANDA.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S.**

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: SUMARIO
Demandante: JULIO FERNANDO ENRÍQUEZ MIRANDA
Demandada: MEDIMÁS
Radicación: 11001-22-05-**000-2022-01329-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, toda vez que, como lo expresé en la ponencia que me fue derrotada, considero que no se dan en este caso los supuestos necesarios para que proceda el reembolso de gastos médicos pretendido.

Lo anterior, por cuanto a pesar de que el actor acreditó que se le emitieron las respectivas órdenes de los servicios médicos, y además se verifica que dado su diagnóstico y su edad, debía recibir un trato prioritario para la atención de la patología padecida, lo cierto es que, en mi sentir, en este caso no se cumplen los criterios que dan paso a disponer el reembolso, comoquiera que no se acreditó por el reclamante que hubiera efectuado la solicitud de los servicios en algún momento a la demandada, así como tampoco la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de ésta, para cubrir sus obligaciones o que se tratara de atención de urgencias, siendo insuficiente la sola manifestación que se hace al respecto en el libelo genitor, a lo que se suma que la IPS a través de la cual se llevó a cabo el suministro del tratamiento como paciente particular, era la misma que lo atendía dentro de la red de prestadores con la que contaba la llamada a juicio.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **40ab3c40dbe512814681b520d1317f0d3a93a7cf0c876d6d042256c5f461f86d**

Documento generado en 06/02/2023 08:12:00 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310500320200010701
Demandante: HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL Y OTROS
Demandado: ACUSTIMONTAJES S.A.S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL Y OTROS** promoviesen contra **ACUSTIMONTAJES S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La activa aspira a que por medio de sentencia ejecutoriada se declare la existencia de una relación laboral, que el actor fue despedido sin justa causa y que para tal data era sujeto de especial protección al encontrarse en estado de debilidad manifiesta y que el despido fue ineficaz.

Como consecuencia de lo anterior, depreca su reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, pago de

aportes a seguridad social, sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, perjuicios consagrados en el artículo 216 del CST, perjuicios por concepto de daño fisiológico o a la salud, por pérdida de la oportunidad, lucro cesante y daño emergente, daños morales e intereses moratorios. Así mismo, solicita el pago de los daños morales sufridos por su esposa e hijo.

De manera subsidiaria deprecia el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos: **1)** El 19/07/2017 suscribió contrato de trabajo en la modalidad de duración de la obra o labor, con Acustimontajes S.A.S., para el cargo de obrero, pactando un salario de \$600.000; **2)** Al momento de su ingreso su condición física era apta y óptima, su estado de salud no presentó observación médica alguna al momento de su contratación; **3)** Desarrollaba funciones como cargar e instalar láminas galvanizadas y realizar cortes a las mismas, a pesar de que eran bastante peligrosas para su manipulación; **4)** Su lugar de trabajo era Puerto Boyacá – Estación compresora Vasconia; **5)** En desarrollo de sus actividades de trabajo, el 24/07/2017 sufrió un accidente de trabajo, en donde una lámina le cortó en medio del dedo índice y pulgar de la mano derecha; **6)** Al momento del accidente no contaba con los implementos necesarios de protección personal para ejercer su labor, ya que los elementos entregados se encontraban desgastados; **7)** Como consecuencia del accidente fue hospitalizado con diagnóstico “traumatismo de otros nervios a nivel de la muñeca y de la mano”, otorgándole una incapacidad de 20 días, la cual posteriormente se prorrogó por 10 días más; **8)** El 24/08/2017 el especialista en ortopedia y traumatología le diagnosticó “lesión de nervio radial”; **9)** El 03/10/2017 la médica ocupacional emitió concepto ocupacional solicitando “reasignación de tareas”; **10)** El 15/10/2017, Acustimontajes S.A.S.. le dio por terminado el contrato de obra o labor, argumentando terminación unilateral por justa causa; **11)**

Nunca fue informado por el empleador, de estar inmerso en un proceso interno para dar por terminado su contrato de trabajo; **12)** La obra o labor para la que fue contratado continuó después de su despido; **13)** El 18/10/2017, Acustimontajes S.A.S. le informó que, dado su estado de salud sería reubicado en la empresa en la ciudad de Bogotá, dándole un plazo de 8 días para su desplazamiento y cambio de domicilio, sin tener en cuenta que su vida y familia estaban en Puerto Boyacá y que tenía un proceso médico en esa ciudad; **14)** El 22/10/2017 en respuesta a la anterior comunicación, solicitó a su empleador ser reubicado en otras áreas de trabajo cerca a Puerto Boyacá; **15)** El 27/10/2018 el cirujano de mano le diagnosticó “traumatismo del tendón y músculo flexor de otro dedo a nivel de la muñeca y de la mano”, otorgándole una incapacidad de 30 días; **16)** El 06/12/2017 en consulta por medicina general se le otorgó incapacidad por 20 días, por el diagnóstico “traumatismo de otros nervios a nivel de la muñeca y de la mano”; **17)** El 12/12/2017 el especialista en medicina laboral de la ARL Positiva, emitió recomendaciones médicas; **18)** El 25/01/2018 solicitó a la demandada respuesta a la petición de fecha 22/10/2017 y le informó sobre las recomendaciones hechas por medicina laboral; **19)** El 12/02/2018 se adelantó audiencia de conciliación con su empleador, la cual se declaró fracasada; **20)** El 14/02/2018, Acustimontajes S.A.S. remite nuevamente comunicación para dar por terminado su contrato de trabajo; **21)** Acustimontajes S.A.S. lo despidió sin habersele calificado el grado de discapacidad laboral; **22)** El 19/02/2018 el especialista de medicina laboral de la ARL Positiva, actualizó las recomendaciones médicas; **23)** El 31/10/2018, mediante derecho de petición solicitó a Acustimontajes S.A.S. una documentación, petición que no fue respondida; **24)** Acustimontajes S.A.S. no le brindó capacitación para su puesto de trabajo, tampoco le entregó elementos de dotación, herramientas de protección personal y de trabajo adecuadas para el desarrollo de sus funciones, no realizó evaluaciones médicas pre-ocupacionales, ocupacionales periódicos anuales y

post-ocupacionales; **25)** El 17/01/2019 fue valorado por ortopedia y cirugía de mano, en donde le indicaron que existen “secuelas por traumatismo de nervio de miembro superior” y se le remite a valoración por medicina laboral; **26)** Luego de la terminación de su contrato de trabajo, su tratamiento y recuperación han quedado restringidos debido al no pago de la seguridad social por parte del empleador; **27)** El 17/10/2019 la ARL Positiva le determinó como pérdida de capacidad laboral un 10.16%, dictamen que fue recurrida por lo que la Junta regional de Calificación de Invalidez de Boyacá lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 13.74%; **28)** Desde el año 2015 el demandante y Ana Sofía Aguirre Gamboa tienen una unión marital de hecho y un hijo que nació el 10/03/2017; **29)** Su cónyuge ha laborado en trabajos transitorios e informales, por lo que el sustento del hogar recaía en él, quien sostenía los gastos del hogar; **30)** Actualmente él y su familia viven en condiciones precarias debido a que los ingresos se vieron disminuidos luego de su accidente; **31)** Debido a las recomendaciones médicas y las secuelas del accidente se ve limitado en acciones como levantar a su hijo; **32)** estaba cursando una carrera técnica, la cual debió abandonar por falta de recursos; **33)** Las afectaciones producidas por el accidente de su extremidad superior derecha – brazo dominante – generaron repercusiones en el desempeño de su carrera y su futuro; **34)** Debido al accidente su núcleo familiar ha resultado afectado y desde la ocurrencia del mismo no ha podido laborar.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, **ACUSTIMONTAJES S.A.S.** (cd fl. 22), presentó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de identidad y no responsabilidad de parte de la demandada para satisfacer el derecho reclamado, ausencia del nexo de causalidad, ausencia

Código Único de Identificación: 11001310500320200010701
Demandante: HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL Y OTROS
Demandado: ACUSTIMONTAJES S.A.S.

de materia y responsabilidad por culminación del contrato de obra o labor, cosa juzgada, temeridad y mala fe y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor desde el 19 de julio de 2017, con un salario de \$600.000; que el cargo del actor era el de obrero; que parte de las funciones del actor era instalar láminas galvanizadas; que el actor desempeñaba sus funciones en Puerto Boyacá-Estación Compresora Vosconia; que el actor se encontraba subordinado; que se le brindó dotación al demandante; que el 24 de julio de 2017, el demandante sufrió un accidente de trabajo; que intentó trasladar al accionante a la ciudad de Bogotá, quien el 22 de octubre de 2017, solicitó ser reubicado en otras áreas de trabajo cerca de Puerto Boyacá; que el 12 de diciembre de 2017, A.R.L. Positiva emitió recomendaciones médicas; que el 12 de febrero de 2018 se realizó audiencia de conciliación para lograr arribar a un acuerdo sobre la reubicación del actor, pero se declaró fracasada; y que el 14 de febrero de 2018 se remitió comunicación al trabajador para la terminación de su contrato de trabajo. No aceptó los demás hechos.

Expuso, en síntesis que, la obra para la cual fue contratado el hoy demandante en la ciudad de Puerto Boyacá, finalizó el 28/08/2017 y desde entonces, la empresa no tiene más contratos pendientes por ejecutar en esa ciudad.

Señaló que el demandante no se presentó a trabajar; que desde el 18/10/2017 cuando fue citado para ser reubicado, completó más de dos meses sin acudir a las instalaciones de la empresa, sin informar las razones de su ausencia y sin estar cobijado por ninguna incapacidad, pese a que el médico especialista le informó que se encontraba apto para trabajar; y que el 12/02/2018, como consta en la conciliación celebrada en la Inspección de Trabajo de Puerto Boyacá, el demandante rechazó por segunda vez la oferta de reubicación hecha por la compañía y hasta la fecha del despido no se presentó ni allegó

excusa alguna, por lo que las razones que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral con el demandante fueron objetivas y justificadas y, no en virtud de la limitación que el demandante alega tener.

Adujo que, terminado el ciclo de incapacidades y terapias de rehabilitación no consta en ningún informe ni se allegó prueba alguna respecto al grado de incapacidad que pudiera tener el actor; que a la fecha del despido lo único que fue allegado a la empresa, fue el informe del médico laboral, en el cual se advierte que el paciente había terminado sus incapacidades, que no se encontraba realizando terapias físicas y que era apto para laborar; y que solicitó la práctica de un examen médico laboral, en el cual se concluye que el demandante se encontraba apto para trabajar, precisando que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no implica que el empleado tenga un derecho subjetivo de permanecer indefinidamente en el puesto de trabajo y, que el hecho de que se le conceda el estatus de persona con discapacidad, no significa un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores.

Señaló que el 18 de octubre la empresa le envió al actor, carta para reubicarlo y concertar las medidas pertinentes para tal efecto, sin embargo, él contestó la carta señalando que “solo aceptaría la reubicación si se le pagaba \$1.000.000 más de los que habitualmente ganaba”; que lo anterior, resultó admisible teniendo en cuenta el nivel de educación y potencial cualitativo laboral del actor; que a pesar de que la obra o labor para la cual fue contratado ya había terminado, la empresa hizo todo lo posible para reubicarlo, pese a que en la ciudad donde vive la empresa no tiene ningún trabajo, con lo que se evidencia que la empresa tuvo la voluntad de reubicar al empleado.

Concluyó precisando que el despido del actor se dio por causas objetivas y justificadas, como la terminación de la obra

o labor y la no asistencia a su lugar de trabajo, que es considerada como una falta grave, sin que exista un nexo de causalidad entre el despido y su estado de salud.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 10 de noviembre de 2021, en la que dictó sentencia en la cual declaró: la existencia de un contrato de trabajo irregular a término indefinido entre el 19 de julio de 2017 y el 14 de febrero del 2018, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; que el demandante sufrió un accidente laboral el 24 de julio del 2017 y, que en este existió culpa suficientemente comprobada de la demandada Acustimontajes S.A.S.

Como consecuencia de ello, condenó a Acustimontajes S.A.S. a pagar al demandante la suma de \$737.717 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$9.085.260 por concepto de daño moral, y a favor de Ana Sofía Aguirre Gamboa y Joao Morales Aguirre la suma de \$4.542.630 para ambas partes por concepto de daño moral.

Así mismo, condenó a la demandada al pago de las costas.

Para arribar a tal decisión, en síntesis, el *a quo* estableció la existencia de una relación laboral entre las partes la cual inició el 19 de julio del 2017 y finalizó el 14 de febrero de 2018, el cual fue celebrado bajo la modalidad de obra o labor, pero que se degeneró en un contrato irregular a término indefinido, el cual finalizó por decisión unilateral del empleador.

Precisó que las garantías sobre estabilidad laboral previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no están destinadas a trabajadores con cualquier tipo de enfermedad o limitación, sino a aquellos que sufren una limitación moderada,

severa o profunda y, frente a las cuales debe tener conocimiento el empleador; que en el Decreto Reglamentario 2463 de 2001 se definen los grados de limitación y, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en determinar que los destinatarios de la garantía especial de la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad moderada, severa o profunda, para lo cual trajo a colación la sentencia 39207 del 28/08/2012 reiterada el 25/11/2020 dentro del radicado No. 69370, así como la sentencia con radicado 86728 del 24/02/2021; que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, pues la protección por estabilidad laboral reforzada por cuestiones de salud requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad; que lo anterior implica que se debe tener un nivel de limitación en el desempeño laboral que permita establecer que este tiene relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido, por lo que no basta que aparezca en la historia clínica las patologías o secuelas que padece un trabajador; y que la situación de discapacidad en la que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos le produzcan al trabajador para desempeñar la obra o labor, lo que no es posible establecer sino a través de una evaluación de carácter técnico donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

Manifestó que, en el presente asunto, le corresponde al demandante demostrar la garantía de la estabilidad laboral reforzada; que al descender a las pruebas allegadas, se tiene que se aportó una serie de documentos pertenecientes a la historia clínica, tales como exámenes, tratamientos, incapacidades y citas de control que le fueron practicadas con ocasión del accidente de trabajo que acaeció el 24/07/2017; que frente a lo anterior, la ARL Positiva Seguros S.A. realizó una calificación de pérdida de capacidad laboral en una primera oportunidad,

mediante el dictamen No. 2101197 del 11/10/2019, es decir, en una fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, y en el cual se determinó que el origen de los diagnósticos del demandante correspondían a un accidente de tipo laboral con una pérdida de capacidad laboral del 10.6% y, una fecha de estructuración 19/07/2019; que dicha decisión fue revisada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, quien mediante dictamen No. 641-19 del 17/01/2020, calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 13.74% con fecha de estructuración 17/07/2019; y que lo anterior, evidencia que el demandante no cumplía con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia para hacerse acreedor de la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, ya que la pérdida de capacidad laboral diagnosticada técnicamente no alcanzaba el porcentaje mínimo del 15% de la pérdida de capacidad laboral, requerido para tal efecto y, de otro lado, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral correspondió al 17/07/2019, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

En cuanto a la pretensión referente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, recordó la sentencia con radicado No. 35038 del 18/06/2019; y al descender al caso encontró demostrado el hecho del despido; que al estudiarse las causas que el empleador señaló como justas para proceder con el despido, contenidas en la carta de fecha 14/02/2018, se hallaron principalmente dos razones: que la primera está relacionada con la modalidad para la cual había sido contratado, afirmándose por parte del empleador que no existía la obra y, por ello el contrato debía finalizar, sin embargo, ella no fue encontrada como justa, como quiera, que el contrato finalizó el 14/02/2018 y, la obra o labor para la que fue contratado terminó el 28/08/2017, esto es, 6 meses antes de que el empleador invocara dicha causal para dar por terminado el contrato de trabajo; y que la segunda razón fue, que no se presentó el día 18/10/2017 a las instalaciones de la compañía

ni allegó excusa alguna, pese a habersele citado con el fin de brindarle la oportunidad de seguir trabajando, circunstancia que tampoco encontró como justa para terminar el contrato del demandante, atendiendo las circunstancias particulares de la situación que acaecía entre el trabajador y el empleador por el tema de la reubicación en la ciudad de Bogotá, traslado que si bien puede efectuarse en uso de la facultad del *ius variandi*, debe estar plenamente justificada por razones atendibles y necesarias, no obstante, al examinar las pruebas aportadas no se encontró justificación alguna para que el empleador hubiese adoptado la decisión de trasladar al trabajador a la ciudad de Bogotá, con lo que no se configuró la causal invocada por el empleador en la carta de terminación del contrato de trabajo, configurándose así un despido sin justa causa.

Respecto de la indemnización plena de perjuicios solicitada en la demanda, indicó que, de las pruebas arrojadas al plenario se llega a la conclusión que fue acreditada la ocurrencia de un accidente de trabajo el 24/07/2017; y para dilucidar si este obedeció a la culpa suficientemente comprobada del empleador citó las sentencias SL4665 del 03/10/2018 rad. 67090 y la identificada con radicado No. 72625 del 05/06/2019; concluyendo que no se aportó al plenario ningún medio de prueba que permita demostrar que el empleador cumplió con su obligación de entregar al trabajador los elementos adecuados para su cuidado y protección en la realización de la labor encomendada como obrero y acorde a las funciones por él desempeñadas; que el empleador debió acreditar que por lo menos, tomó las medidas necesarias para mitigar la ocurrencia del daño, sin que tal circunstancia se encuentre probada en el proceso; que tampoco se acreditó la mínima diligencia en situaciones de riesgo contra la vida y la integridad personal del demandante; y que por lo dicho, Acustimontajes S.A.S. fue responsable por culpa patronal del accidente ocurrido por el demandante el 24/07/2017, pues no tomó las precauciones necesarias para establecer si el demandante era la persona

indicada para realizar la labor encomendada y, tampoco procuró entregar los elementos de protección adecuados para realizar la labor encomendada.

Como consecuencia de lo anterior, indicó, respecto al daño emergente, que el promotor de este juicio no mencionó los gastos en los que incurrió con ocasión el accidente de trabajo; que respecto del lucro cesante, tampoco acreditó tener derecho a este rubro, pues el contrato de trabajo finalizó el 24/07/2017 sin que se mostrara ninguna circunstancia que indicara que debía mantener su vigencia hasta una fecha posterior, por demás que, el demandante no era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, por lo que, el empleador se encontraba en libertad de dar por terminado el contrato de trabajo.

Frente a los perjuicios morales, rememoró las sentencias con radicados 32720 del 15/10/2008 y la No. 67090 del 03/10/2018, en las que se dispone que la tasación del *petitum doloris* o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, para lo que deben evaluarse las consecuencias psicológicas, angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño; que en el caso, el accidente sufrido por el demandante le ocasionó unos traumatismos que se indicaron en los dictámenes a él practicados, lo que demuestra que ese suceso le generó un dolor y una angustia, al verse desprotegido en un momento de debilidad cuando no contó con la diligencia y el cuidado que el empleador debió emplear para mitigar el daño producido en el accidente de trabajo; que dicho siniestro, le ocasionó esa pérdida de capacidad labora del 13.74% a una edad de 24 años, por lo que, no cabe duda de que el infortunio sufrido por el demandante y la forma en la que fue desvinculado de su trabajo, le generó un trastorno emocional que indudablemente ocasiona tristeza, entre otros sentimientos; que dado el poco tiempo para el cual había sido contratado el actor, tasó la indemnización de perjuicios morales en la suma de 10 SMLMV y, en cuanto a los daños morales solicitados para

Código Único de Identificación: 11001310500320200010701
Demandante: HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL Y OTROS
Demandado: ACUSTIMONTAJES S.A.S.

su esposa y menor hijo, los tasó en la suma de 5 SMLMV, teniendo en cuenta que fue demostrado que comparten un vínculo familiar y consanguíneo que da lugar a la presunción hominis para la indemnización solicitada.

Respecto de los perjuicios fisiológicos o daño a la vida en relación, la jurisprudencia – como la sentencia con radicado No. 64300 del 22/05/2019 – ha dicho que los mismos deben probarse y, en este caso, si bien se afirma que con posterioridad al accidente de trabajo el demandante no ha llevado una vida igual, no existe prueba de que la pérdida de capacidad laboral que presentó fuera ocasionada de forma exclusiva por el accidente de trabajo y, este le haya generado una imposibilidad de poder realizar actividades placenteras que lleve inexorablemente a pensar que el infortunio fue de tal magnitud que le es imposible desarrollar sus proyectos de vida.

En cuanto a la indemnización por una pérdida permanente/parcial como consecuencia de las secuelas que dejó el accidente, precisó que es la ARL la llamada a indemnizar este tipo de rubros, pues el empleador realiza la afiliación y cotizaciones para subrogarse de estos riesgos.

Respecto del daño en la categoría de pérdida de oportunidad, citó la sentencia con radicado No. 74747 del 08/06/2021, que señala la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable; que para el caso concreto advirtió que el demandante no aportó prueba que demostrara que se encontraba realizando una carrera técnica que debió abandonar como consecuencia del accidente de trabajo; que aunado a ello, no se presenta ninguno de los elementos que permiten la indemnización en la categoría de pérdida de la oportunidad, al no poder hablarse de incertidumbre o falta de certeza de resultado ni de una pérdida definitiva de oportunidad, puesto que, no existe una prueba siquiera sumaria que acreditara la posibilidad de que ese resultado se configuraría, esto es, la

prueba que permitiera demostrar que el demandante podía alcanzar un grado en la carrera técnica que presuntamente adelantaba previo al accidente de trabajo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE precisó, que en el plenario obra comunicación de fecha 31/10/2018 fue radicada en la empresa Acustimontajes S.A.S., la cual nunca fue respondida ni allegada con la contestación de la demanda; que en dicha comunicación se solicitaba el programa de salud ocupacional de la empresa, el programa de capacitación, las certificaciones que debía emitir el empleador, perfiles necesarios para desarrollar el cargo del demandante, y el manual de funciones, las actividades realizadas por la empresa para evitar o mitigar el daño, el manejo de la dotación o la ficha técnica de los materiales o elementos entregados, como es el caso de los guantes con los que se desarrolló la actividad y que no ayudaron a aminorar la lesión causada; que la lesión causada al trabajador es irreversible que le perjudica la función de su mano, la cual aumentará con el paso del tiempo, ya que, se lesionó el tendón y el nervio que permite la movilidad de la mano, tanto así que irá perdiendo la movilidad de los dedos como se describe en la historia clínica; que por ello, se debe analizar el tema de salud ocupacional y la evaluación realizada por ortopedia, donde se evidencia que esa mano con el tiempo se irá “secando” y perderá movilidad, tanto así que, de ser calificado en tres años puede generarse una pérdida de capacidad laboral superior a la señalada por la Junta; que en el año 2019 cuando se realiza la calificación por parte de la Junta Regional se determina una pérdida de capacidad laboral del 13% y una fecha de estructuración del 2019 y, no del 2017 – fecha en la que ocurrió el accidente, esto lo que permite evidenciar es que la pérdida es evolutiva y, no fija; y que por lo dicho, con el tiempo la mano va a seguir perdiendo movilidad porque se lesionaron los tendones y nervios, los cuales, de acuerdo con la historia clínica no se

pueden reconstruir o colocar una prótesis o algún elemento que pueda solucionar el problema, es un tema del sistema nervioso que genera electricidad a los músculos, por ende generará que se vaya secando y perdiendo el miembro.

De esta manera, se debe revisar el asunto del **daño emergente y lucro cesante**, porque con el tiempo la falta de movilidad de la mano dominante – la derecha, se irá manifestando; que el actor a la fecha no ha cumplido los 30 años, tiene hijos menores que dependen de él, y se encontraba estudiando al momento del accidente, de manera que, esto no le permitirá continuar con sus estudios y no va a poder seguir ejerciendo dicha carrera, pues para ser técnico de instrumentalización industrial debe tener la mano en perfecto estado, no obstante, al haber perdido el tendón y el nervio de la mano ya no puede tener la posibilidad de ejercer ese trabajo, por consiguiente si en algún momento vuelve a tener su trabajo la única posibilidad será de obrero y someterse a las condiciones de trabajo que le puedan dar en ese municipio.

Frente al **daño en la salud** arguyó que no se puede tomar en cuenta la pérdida de la capacidad laboral que determina la Junta, ya que, esta entidad sólo la está observando en relación con el trabajo y, no tiene en cuenta su vida social, su vida en comunidad, su vida familiar y el uso que esa mano en estas circunstancias o momentos de su vida; que la mano con el paso del tiempo, no va a poder realizar las mismas actividades que desarrollaba con anterioridad a la pérdida o el accidente; que respecto del **lucro cesante** se evidencia que el demandante asistió a citas médicas, luego de su despido, citas que fueron generadas por la EPS y, no por la ARL, ya que, esta última dejó de prestar los servicios al accionante, servicios que se encuentran ordenados para Ibagué, la Dorada y Puerto Boyacá fueron dados por la EPS, y esta fue pagada por la familia para lograr su recuperación física; que en ese sentido dichas citas fueron pagada por la familia del demandante en pro de su

recuperación física y con el fin de poderse reincorporar a la vida laboral, por lo que, no fue dado por el empleador, quien precisamente terminó el contrato de trabajo; que también le correspondió al accionante pagar los pasajes, máxime cuando el sistema general de salud no paga los traslados, a menos que sea una urgencia; que la ARL nunca pagó un traslado para que el demandante asistiera a las terapias y, tampoco obran dentro de los documentos aportados para establecer que la empresa reconoció algún tipo de traslado para que tomara terapias, por el contrario, le exigía la asistencia a las mismas, pero no le reconocía ningún tipo de valor económico para que asistiera; que entonces el demandante asistió a 48 terapias como se evidencia en la historia clínica y, a las últimas 10 no pudo asistir por la necesidad económica, con lo que se demuestra que no tenía la posibilidad económica ni los recursos para asistir al médico; y que en suma, el actor para poder ser sometido a la calificación de la ARL debió interponer derechos de petición y solicitar esta, a través de entidades como la Personería y la Defensoría.

Manifestó que el empleador tampoco fue diligente en procurar una calificación para el trabajador para que fuera indemnizado; y que la fecha de estructuración es posterior al accidente porque la historia clínica y la finalización del tratamiento se dio en el año 2019, oportunidad en la que el trabajador pudo asistir al médico, siendo estas las consecuencias de un despido injustificado y de la falta de diligencia del empleador.

Respecto de la protección especial de las sentencias de la Corte cuando habla de un 15% de la pérdida de capacidad laboral, no obstante, un trabajador que fue despedido, no tiene la posibilidad de ir al médico ni de ser calificado, lo que resulta de un 0% de pérdida de capacidad laboral, de manera que, al ir a la Junta no se va a evidenciar una pérdida porque en su historia clínica no existe un tratamiento médico continuo, ya

que, la persona no tiene la facilidad ni la posibilidad económica de pagarlo, lo cual deviene en contra de los derechos de los trabajadores.

Indicó que la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores queda corta ante la pérdida de capacidad laboral, primero porque el empleador no le da los elementos de trabajo, no lo capacita y lo expone, y segundo, porque no le da los medios para ser capacitado e indemnizado, tampoco le facilita los medios para ir a terapias y concluir un tratamiento médico para así poder ser calificado, con lo que existe una evidencia de **lucro cesante** y aquí es donde se evidencia la negligencia; que adicionalmente, se presenta también el **daño emergente**, pues el demandante es una persona joven, que ya no va a tener las mismas posibilidades de trabajar, máxime en un municipio como Puerto Boyacá donde depende de la fuerza de trabajo, en los pozos petroleros o como mensajero, pero manejándola con una sola mano porque en la otra no tiene la fuerza suficiente para evitar un posible accidente de tránsito.

Finalmente, respecto de los **daños morales**, solicita que estos sean revisados, ya que no se encuentra de acuerdo con el monto otorgado, pues el demandante ha sido perjudicado en su vida y salud, en su futuro y el de su familia; que no puede negarse el daño que se le genera a un hijo ver a su papá con su mano “tiesa” o que no le sirve, no es igual, la posibilidad que tiene de jugar con su hijo o participar de sus actividades; que este daño no es el mismo que siente su esposa al ver que a su esposo no le sirve una mano; que por lo anterior, el **monto otorgado** no puede ser reconocido de forma común a ese mismo dolor, pues una cosa es la esposa y otra el hijo, siendo dolores distintos, por demás que para el demandante no es lo mismo, ver como su miembro superior derecho dominante, no le sirve; que el daño en la salud no puede ser el mismo que fue calificado, porque lo que está revisando la Junta es si puede o no trabajar en toda su vida; y que el **daño de oportunidad** no se puede

probar con pruebas como tal, como si se aportara la posibilidad que tiene esa persona a futuro, sus posibilidades de obtener nuevos ingresos o nuevas oportunidades de cambio para su vida y la de su familia.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso presentado. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación entiende la Sala que los **problemas jurídicos** a resolver, se circunscriben a determinar, en **primer lugar**, si hay lugar a imponer condenas por concepto de perjuicios en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, daño en la salud y el daño por pérdida de oportunidad, y en **segundo lugar**, si hay lugar a aumentar los valores a los que fue condenada la demandada por concepto de daño moral y si los daños morales otorgados a la esposa e hijo del actor deben ser reconocidos de manera separada y no común a los dos.

De la culpa patronal. Perjuicios.

El artículo 216 del C.S.T. consagra la indemnización plena de perjuicios con ocasión de una enfermedad profesional o

accidente de trabajo que sufra el trabajador, cuando exista **culpa suficientemente comprobada del empleador** en la ocurrencia del hecho.

De esta manera la culpa patronal a diferencia de las prestaciones económicas otorgadas por las A.R.L., entraña un elemento esencial de constitución, que es la demostración de la responsabilidad subjetiva del empleador en la ocurrencia del *in suceso*.

En relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (SL 2206-2019).

Ahora, y en cuanto a los perjuicios que pueden ser reconocidos como consecuencia de la declaratoria de una culpa patronal, encontramos que son de dos categorías los **daños materiales y los daños inmateriales**; los primeros, son aquellos que afectan propiamente el patrimonio del perjudicado, y están divididos en daño emergente y lucro cesante; los segundos, son los que inciden en cualquiera de las esferas de la persona diferentes a la patrimonial, en los que se incluyen el perjuicio moral, y los daños de vida relación y/o fisiológicos.

Ahora, y en cuanto al **daño emergente**, en sentencia como la SL 3590 del 2022 ha señalado la máxima Corporación de cierre de la especialidad laboral, que este concepto consiste, a voces del artículo 1614 del Código Civil, en *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de*

haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en la sentencia SL2206-2019, ha señalado la posibilidad de reconocer dicho perjuicio, para lo que se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

En cuanto al **lucro cesante**, la misma corporación ha adoctrinado en sentencias como la del 06 de marzo de 2012, rad. 31948 y del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, reiteradas en la SL5154-2020, que dicha modalidad de perjuicios debe entenderse como el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el que comprende, lucro cesante pasado y futuro, siendo el primero, el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del trabajador (SL18360-2017); para determinarlo, el juzgador debe sustentarse en fórmulas matemáticas y tener en cuenta factores tales como, la edad del trabajador al momento del accidente, expectativa de vida, salario devengado, entre otras variables.

En cuanto a los perjuicios inmateriales, en lo referente a los **perjuicios morales**, sea lo primero aclarar que lo que se denomina daños morales objetivos y subjetivos, hoy hacen parte de una misma categoría denominados daños morales, no obstante, ser diferentes. En efecto, los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que

originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, síquicos, que no son susceptibles de describir.

Ahora bien, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, este tipo de perjuicio se encuentra revestido por una presunción *hominis*, según la cual la prueba de su existencia dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge (SL13074-2014, SL4913-2018, SL2206-2019, y SL5154-2020).

En cuanto al **daño a la vida de relación y/o fisiológicos**, se tiene que este concepto ha sido definido por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia como aquellos daños que *“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”* (SL5195-2019).

En igual sentido, en sentencia SL492-2021 se dijo que *“consiste en una afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, que impide que algunas actividades ya no se puedan realizar o que requieren de un esfuerzo o genera*

incomodidades y dificultades. En otros términos, este daño tiene su expresión en la esfera externa del comportamiento del individuo, «en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico».

Así mismo, ha señalado la aludida Corporación que este daño 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. Igualmente, ha expuesto en sentencia del 15 de octubre de 2008, Rad. 32720, que se reiteró en la SL4665-2018, en cuanto a la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, que esta queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política.

En cuanto al **daño por pérdida de oportunidad**, la sentencia SL 3219 del 2021 Rad. 74747 lo abordó señalando que el mismo se refiere “al daño que se causa por el truncamiento de una posibilidad de recibir un beneficio o evitar una pérdida”, así mismo, indicó:

“En la jurisprudencia colombiana, la pérdida de oportunidad ha sido desarrollada, en mayor medida, por el Consejo de Estado, y definida en los siguientes términos, mediante la sentencia CE ST, 11 agosto 2010, radicación 1995-00082-01:

[...] la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste (sic) que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico

derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

[...] La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste (sic) no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una modalidad de daño particular, en la que el objeto de reparación es la expectativa legítima o la oportunidad en sí misma considerada, mas no la ventaja esperada o la pérdida que no pudo evitarse. Sobre el particular, la sentencia CE ST SB, 5 abril 2017, radicación 2000-00645-01 expuso:

Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

Por lo anterior, encuentra la Sala que la pérdida de oportunidad, como daño indemnizable, se fundamenta en la convergencia de dos componentes: uno de certeza y uno de incertidumbre. Así, la certeza se predica de la existencia de la expectativa legítima y del hecho de que la conducta dañina del tercero condujo directamente a la privación de la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Por su parte, la incertidumbre versa sobre la ganancia obtenida o la pérdida sufrida, dado que no se sabe a ciencia cierta si el resultado se hubiese configurado, de no haberse extinguido la oportunidad.

Por consiguiente, la atribución de responsabilidad civil, a título de pérdida de oportunidad, supone probar el vínculo fáctico o causalidad directa entre la conducta negligente o imprudente y la privación o frustración de la oportunidad, en la medida en que lo que se indemniza es la expectativa en sí misma. Por esa razón, es lógico que la reparación sea proporcional, frente al grado de oportunidad que se tenía de alcanzar el beneficio o evitar el perjuicio.

No obstante, conviene aclarar que la pérdida de oportunidad requiere que la expectativa sea cierta y razonable y que haya sido frustrada definitivamente, pues lo contrario supondría la indemnización de perjuicios hipotéticos o de meras conjeturas, que son ajenos a esta figura.

Para la estructuración del daño por pérdida de oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que éste se compone de los siguientes elementos: **(i)** la incertidumbre o falta de certeza del resultado esperado; **(ii)** la certeza de la existencia de la oportunidad y **(iii)** la pérdida definitiva de la oportunidad. Estos son explicados en la sentencia CE ST SB, 5 abril 2017, radicación 2000-00645-01, expuso:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo (sic) exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

[...] En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

[...] **Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

[...] **Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual ; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

VII. DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

No son motivo de controversia en esta instancia los hechos relativos a: **i)** la vinculación mediante contrato de trabajo del demandante a favor de la demandada en la modalidad y los extremos temporales declarados en la sentencia de primera instancia; **ii)** el cargo desempeñado por el demandante (obrero); **iii)** que el actor sufrió un accidente de trabajo el 24 de julio de 2017 y, que en el acaecimiento del mismo existió culpa suficientemente comprobada del empleador Acustimontajes S.A.S.; **iv)** que al demandante le fue calificada la pérdida de capacidad laboral por la ARL Positiva, mediante dictamen No. 2101197 del 11/10/2019, en el que se le determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 10.16% por las patologías “traumatismo del tendón y músculo flexor de otro(s) dedo(s) a nivel del antebrazo (S561)” y “herida de dedo(s) de la mano, sin daño de la(s) uña(s) (S610)”, de origen accidente profesional con fecha de estructuración del 19/07/2019 (archivo 18 cd. Fl. 2); **v)** que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá lo calificó mediante dictamen No. 000641-2019 de fecha 17/01/2020, determinando como porcentaje de pérdida de capacidad laboral el 13.74%, de origen accidente laboral y fecha de estructuración del 19/07/2019 (archivo 19 cd. Fl. 2).

Pues bien. Adicional a la prueba documental obrante en los discos compactos de folios 2 y 22, comparecieron a rendir testimonio Saúl Pérez Martínez y William Andrés Parra Morales, quienes manifestaron:

Saúl Pérez Martínez dijo que trabajó una vez con la demandada en el montaje de una barrera en Puerto Boyacá, en la Estación Vasconia de TGI y aunque no recuerda las fechas, aduce que fue aproximadamente 3 o 4 años atrás; que el

demandante era su ayudante junto con otra persona; que durante el tiempo que laboró con el demandante, este tuvo un accidente de trabajo, no recuerda la fecha; que el actor era Montador; que el día del accidente en horas de la mañana le solicitó al actor que moviera unas láminas; que el demandante sujetó mal una bandeja y se lastimó una mano; que ese accidente fue reportado a la ARL; que no siguió trabajando con la demandada porque terminó la barrera y le cancelaron el contrato y, que luego de ello no volvió a tener ningún tipo de vínculo con la misma; que todos los trabajadores, incluido el demandante, contaban con su afiliación al día; que dentro de la estación, habían puntos de hidratación, baños, áreas restringidas, y rutas de evacuación; que los productos que se manejaban eran gas, ACPM, combustible, etc.; que para ingresar a trabajar se realizaba el mismo procedimiento, permitían el ingreso a las 7:00 A.M., el personal de HS realizaba una charla diaria donde realizaban oración, explicaban los riesgos que existen dentro de la estación y lo que sucedía por no llevar los elementos de seguridad, y culminada esta, el personal de HS revisaba los elementos de protección personal, hacía chequeo personal de equipos y sitios de trabajo; que le consta la entrega de indumentaria a él y a los trabajadores, como botas punta de acero, jeans, camisas, cascos, tapa oídos, y gafas; que tenían que firmar la entrega en una lista, lo cual le consta porque para esa época era él quien los entregaba personalmente como técnico encargado de montar la barrera, ya que, dirigía al demandante y sus compañeros; que el accidente de trabajo del demandante sí se pudo haber evitado porque en la charla que se hacía en la mañana se indicaban los peligros generales de la estación, él reúne a su personal, les explica en lo que se va a trabajar y los peligros que pueden presentarse como una caída, golpe, peligros locativos, etc.; que le había indicado al demandante cómo maniobrar los elementos, cómo coger ese tipo de lámina, y cómo alzarla para evitar un accidente o esfuerzo innecesario; que vio al demandante alzando la lámina de manera inadecuada y no solo a él sino a varios trabajadores, por lo que, debe estar

pendiente de ellos, ya que, omiten varias instrucciones; que los elementos de dotación e indumentaria eran nuevos porque él los compró en un almacén que vende dotación en la entrada de Puerto Boyacá; que luego del accidente del actor, la demandada le hizo un seguimiento, le asignaron terapias, más o menos 20; que no sabe si tales terapias el actor las cumplió, pero que después tuvo una recuperación; que no recuerda el tiempo exacto que el demandante trabajó, pero que no superó los 5 o 6 días; que no tiene conocimiento de que la demandada hubiera contratado más personal de Puerto Boyacá después del accidente; que le decía a las personas a su cargo que se colocaran caretas, que no trabajaran sin guantes, entre otros, siendo esto un control diario; que la bandeja que manipulaba el demandante el día del accidente se dobla en una lámina que era de 1.22 x 2.44, tiene “dobletes” y queda con unos “filos” que es el corte de la máquina; que el demandante se cortó entre el dedo índice y el pulgar; que la equivocación se presenta porque hay cierta forma de coger las láminas para que dé más agarre y, que si se agarra la lámina de forma incorrecta será más difícil sostenerla; que la corrección de las omisiones no se mejora con más capacitación, ya que, la que se brinda es muy buena, sino simplemente poniendo atención y con un compromiso personal; que la actividad y la seguridad son repetitivos; que los guantes no son especiales porque el procedimiento no lo requiere para ese tipo de material; y que utilizan guantes amarillos que son los de baqueta fabricados en cuero y, que recuerda que en varias ocasiones el encargado de seguridad le detuvo los trabajos por no tener algún implemento de seguridad puesto.

Por su parte, **William Andrés Parra Morales** manifestó que es el coordinador de proyectos de la demandada desde hace 11 años; que recuerda que la demandada contrató un proyecto en la Estación Vasconia de Puerto Boyacá en julio de 2017 y, que este finalizó el 28 de agosto de 2017; que fue al campo de trabajo a principios del proyecto y a mitad del mismo; que no estaba presente el día del accidente del demandante; que el protocolo

para ingresar a la estación es que debe tenerse previamente toda la documentación, tales como, parafiscales, exámenes médicos, soportes de entrada a la estación, cursos e inducciones sobre sistemas de seguridad y salud en el trabajo; que a los trabajadores se les proporcionaba la vestimenta de trabajo y los elementos de protección personal porque es un requisito indispensable para ingresar a trabajar en la estación; que en ese tipo de estaciones hay que pedir un permiso, el cual debe ser avalado para poder trabajar; que en ese permiso se constata que se tengan los elementos al día, de manera que siempre están supervisando que los trabajadores tengan los elementos de protección personal, ya que, si no los tiene lo suspenden de la labor, mientras se coloca los implementos de protección y de ser pertinente lo retiran de la estación; que Saúl Pérez Martínez era el técnico líder encargado de realizar las labores en el campo de trabajo en el que se ejecutaban y dirigía las actividades de los trabajadores, incluido el demandante; que el demandante fue contratado como obrero y tenía que ayudar en las actividades que Saúl Pérez Martínez le asignara; que no se tenía que hacer trabajo en alturas; que el demandante y otro ayudante sólo tenían que movilizar láminas de un lugar a otro y que ellos no tenían que subirse en el *manlif* ni realizar otras operaciones porque para eso estaba Saúl con otro técnico; que Saúl Pérez Martínez no le reportó directamente a él sobre el inconveniente por no uso de los implementos de seguridad personal del demandante, se lo hizo saber después; que siempre han utilizado guantes de baqueta, llevan 20 años trabajando con ese tipo de guantes; que cuando la empresa terminó labores se desvinculó a las personas contratadas en esa estación; que de la ocurrencia del accidente tiene conocimiento del informe que llegó, que si mal no recuerda eso fue el 24 de julio; que al demandante se le remitió directamente al centro médico; que hasta donde tiene entendido al momento del accidente, el demandante tenía los guantes puestos; que no sabe si el demandante hizo algo para evitar el accidente; que antes de cualquier actividad se tiene contemplado un análisis de

seguridad en el trabajo; que tienen documentos que sustentan que al demandante se le hizo la inducción, charlas y se le comunicó todo el sistema de seguridad y salud en el trabajo, así como se le hizo entrega de los elementos que debía tener en cuenta para sus labores y con la firma del demandante; que según lo que le informaron el demandante tenía su mano cortada, sufrió un accidente en la mano y le hicieron un procedimiento para su mejoría, procedimiento en el cual tenía que hacer unas terapias y frente a las cuales fueron muy insistentes en su realización porque se empezaron a dar cuenta que el demandante no estaba asistiendo a estas; que de esas terapias, el actor faltó a cuatro de ellas, a pesar de que el lugar donde se las tenía que hacer le quedaba a 5 minutos de su casa; que el demandante en total faltó como a 19 o 20 terapias; que no han tenido más trabajos en Vasconia ni han vuelto a la estación desde que finalizaron el trabajo allí; que buscaron conciliar con el demandante para que trabajara en Bogotá, pero él reaciosamente confirmó que no si no se le pagaba un \$1'000.000 más, no iba, y por ello no se llegó a un acuerdo; que el demandante llegó en moto a las citas de la conciliación y se desplazó en esta; que no vio ninguna discapacidad física del demandante; que la razón por la cual se terminó el contrato del demandante fue porque la obra se acabó y también porque después de que el médico laboral le confirmó al demandante que él podía trabajar; que el actor duró más de 60 días en que no asistió a la empresa, entonces se canceló el contrato porque se negó a una reubicación y debido a que estaba incumpliendo parte del reglamento de la compañía; que cuando fueron a la conciliación con el demandante, el Inspector de Trabajo le preguntó qué era lo que quería por parte de la empresa y él dijo que solo trabajaba en Bogotá si le daban un \$1'000.000 más y, por eso no se pudo negociar; que sabían que el demandante tenía familia; y que el accidente del demandante fue en horario diurno, su reporte se hizo por parte de Acustimontajes a la ARL.

Pues bien. Sea lo primero precisar que, el material probatorio recaudado es suficiente para tomar una decisión de fondo, de manera que, si la comunicación del 31 de octubre de 2018 a la que hace mención la apoderada de la parte actora, no fue objeto de respuesta, ello, se debió advertir, en la correspondiente etapa procesal, e incluso previo a que fuera cerrado el debate probatorio; pues recuérdese que de conformidad con el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., el decreto de pruebas está supeditado a que no obre culpa de la parte interesada en la falta de práctica de la prueba, no obstante, y como se avizora en juicio, la parte actora dejó precluir la oportunidad para que dichas probanzas fuera arrimadas en tiempo al plenario.

En lo que atañe al **daño emergente**, la Sala advierte que no se aportó ningún elemento de juicio que soporte algún gasto en el que el demandante o su núcleo familiar hubiera incurrido por cuenta propia y riesgo, a consecuencia del accidente acaecido, como por ejemplo gastos de transporte, costo de terapias, pago de aportes a seguridad social en salud, entre otros; por lo que, ante la omisión de acreditarse tales rubros, no queda otro camino que confirmar la sentencia.

Resulta pertinente señalar que no desconoce la Sala que la apoderada de la parte actora hace alusión a que acudió a citas con la EPS y, no por la ARL, pues esta última dejó de prestar los servicios al accionante, servicios que se encuentran ordenados para Ibagué, La Dorada y Puerto Boyacá, la Sala encuentra que en efecto algunos tratamientos fueron ordenados por la E.P.S. del actor, esto es, MEDIMÁS E.P.S., sin embargo, de la documental arrimada al plenario, no es posible establecer el valor que se pudo haber pagado por tales conceptos, así como tampoco que fueran asumidos por el demandante o su núcleo familiar.

Así mismo, en el plenario tampoco obra prueba de pasajes o traslado que hubiera tenido que asumir el accionante o su familia, de modo que, si bien la A.R.L. o el empleador en ningún momento asumió tal gasto, lo cierto, es que para que pudiera ser indemnizado el daño emergente, debía resultar palmario los gastos que se generaron como consecuencia de dichos traslados, o los que se podrían generar, no obstante, brilla por su ausencia de prueba de la que se pueda además del valor de los transportes, de su necesidad, y de la cantidad que pueda necesitar.

Por otra parte, y en lo que respecta al **lucro cesante**, se tiene que no es objeto de discusión el accidente laboral sufrido por el demandante y la culpa de la demandada en el acaecimiento del mismo, no obstante, se encuentra que el quid del asunto gira en torno a determinar cuál será el dinero, la ganancia, utilidad o a la renta que el accionante dejará de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado.

En el análisis se encuentra que, pese a que el accidente sufrido por el demandante fue el 24 de julio de 2017, tan sólo le fue finiquitado su contrato de trabajo el 14 de febrero de 2018. En consecuencia, no es dable deprecar lucro cesante, desde el accidente hasta el 14 de febrero de 2018, pues durante dicho periodo el actor estaba trabajando; en sentencia SL2665-2021, se estableció:

“Respecto del lucro cesante, debe señalarse que no hay lugar a imponer condena por este concepto, al no encontrarse acreditada su causación, ello teniendo en cuenta que estos corresponden a lo que el trabajador dejó de recibir en razón de la ocurrencia del daño en virtud de la terminación del contrato de trabajo, lo que en este caso no ocurrió, por cuanto, como se sostiene en el informativo y no fue objeto de controversia, el actor continuó laborando al servicio de la pasiva.

Por ende, únicamente es dable calcular el lucro cesante desde el momento en que finiquitó el contrato de trabajo, 14 de

febrero de 2018, no obstante, el P.C.L. que fuere acreditado en juicio, esto es, el 13.74%, es de una fecha posterior tanto del accidente de trabajo, como de la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si tal P.C.L. es consecuencia del accidente de trabajo, frente a lo que debe advertirse que tiene acreditado que luego del accidente se desencadenó una serie de daños a la salud del actor, representados en la movilidad de la mano derecha, circunstancia que se desprende de la documental allegada, específicamente de la siguiente: **(i)** evaluación médica ocupacional realizada al demandante el 03/10/2017¹, en la que se señala que el paciente *“refiere parestesias² a la extensión del dedo índice, aún hay limitación función a la flexión y extensión y la maniobra de pinza y agarre”*, **(ii)** historia expedida por la Clínica Asotrauma de fecha 23/03/2018 y el informe de la Junta Médica³ refiriéndose en este último: *“déficit de 10 grados para la extensión de la IFP. Flexión del índice hasta 1.5 cm del pliegue palmar distal. Hipoestesia⁴ en el índice derecho.”*, **(iii)** historia clínica de fecha 27/04/2018⁵, en la que, adicional a lo anterior refieren: *“(…) Extensión pasiva completa en el índice derecho. (...) Flexión activa del índice hasta 2 cm del pliegue palmar distal. Se encuentra continuidad del flexor profundo y del superficial. Se encuentra alodinia a la palpación sobre la cicatriz en el lado más radial del pliegue palmar distal. Hipoestesia en el pulpejo del índice”* y se le diagnostica *“lesión de los nervios colaterales digitales del índice derecho”* y como plan refieren una evaluación *“en junta quirúrgica de cirugía de la mano”*; **(iv)** Dictamen No.

¹ Archivo 09 carpeta incapacidades folio 2

² **Parestesia.** “Se refiere a la sensación desagradable que experimentan las personas como consecuencia de un daño en el recorrido de un nervio o por lesiones en la vías que transmiten el dolor.” (Tomado de <https://www.fisioterapia-online.com/glosario/parestesias-o-alteraciones-en-la-sensibilidad>)

³ Archivo 27 carpeta incapacidades folio 2

⁴ Hipoestesia. “Trastorno de la percepción que consiste en una distorsión sensorial a causa de una disminución de la intensidad de las sensaciones, de tal forma que los estímulos se perciben de una forma anormalmente atenuada”. (Tomado de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/hipoestesia#:~:text=f.,de%20una%20forma%20anormalmente%20atenuada.>)

⁵ Archivo 28 carpeta incapacidades folio 2

2101197 del 1/10/2019 expedido por la ARL Positiva S.A.⁶, donde se indica una *“deficiencia por alteración de movilidad en el segundo dedo de la mano derecha”*; y **(v)** Dictamen No. 000641-2019 de fecha 17/01/2020 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá⁷, en la que se establece una *“deficiencia por alteración de miembro superior derecho + dominancia”*.

Así las cosas, tales elementos probatorios, dan crédito de la existencia de patologías de orden físico asociadas al deterioro en la salud sufrido con posterioridad al accidente acaecido el 24 de julio del 2017 y, que son consecuencia directa de este.

Al punto, se aclara que si bien el testigo William Andrés Parra Morales hace mención que el actor no acudió a terapias, y que del demandante no se aprecia una mengua en su capacidad laboral; dicha declaración no encuentra soporte alguno en la documental allegada, por el contrario, del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, lo que se logra establecer es que los diagnósticos calificados fueron los de *“herida de dedo (x) de la mano, sin daño de la (s) uña (x)”*, y *“traumatismo del tendón y músculo flexor de otro (s) dedo (s) a nivel del antebrazo”*, patologías que ambas aparecen como de origen laboral.

En ese orden de ideas, la Sala considera razonable calcular el lucro cesante, desde la aludida fecha de estructuración, asimismo, para la liquidación de este concepto han de tenerse en cuenta las fórmulas establecidas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaladas, entre otras, en sentencias con radicado No. 22656 del 30 de junio del 2005, rad. 29644 del 02 de octubre de 2007 y rad. 37297 del 02 de octubre del 2013, por lo que, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, con apoyo del Grupo

⁶ Archivo 18 folio 2

⁷ Archivo 19 folio 2

Código Único de Identificación: 11001310500320200010701
Demandante: HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL Y OTROS
Demandado: ACUSTIMONTAJES S.A.S.

Liquidador asignado a esta Sala, el valor a pagar por este concepto es la suma de \$42.150.360,03, conforme la liquidación que se anexa a la presente y hace parte integral de la sentencia de instancia.

Frente a los **perjuicios morales**, debe recordarse que los mismos se fijan de conformidad al *arbitrium judicis*, tal y como basta jurisprudencia lo ha decantado, para lo cual han de tenerse en cuenta las condiciones de la lesión padecida por el actor, la cual, en este caso resulta ser un “*traumatismo del tendón y músculo flexor de otro(s) dedo(s) a nivel del antebrazo*” y “*herida de dedo(s) de la mano, sin daño en la(s) uña(s)*” y que conllevó a una pérdida de capacidad laboral del 13.74% conforme el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá y como consecuencia del accidente sufrido ha debido soportar una cirugía (a decir de la historia clínica de fecha 02/11/17 archivo 13 carpeta incapacidades fl. 2), terapias de recuperación e incapacidades (carpeta incapacidades fl. 2), así como las secuelas que el accidente le dejó tal y como fueron arriba reseñadas resumidas en una afectación a la movilidad de su miembro superior derecho.

De tal suerte, emerge patente que el demandante sufrió una afectación no solo desde lo físico, sino también en su ámbito emocional, representado en la angustia y dolores internos, difíciles de ponderar, pero que sin dubitación alguna configuran una aflicción que debe ser compensada, estimando la Sala que el valor asignado por el *a quo* no compensa la afectación sufrida por el actor en su mano dominante, razón por la cual, se modificará la suma determinada en primera instancia, para establecer, con apoyo en el *arbitrio juris*, la suma de **20 SMLMV** por este concepto.

De otro lado, en cuanto a los perjuicios morales sufridos por la esposa del actor y su hijo, acertado resulta el argumento

expuesto en la apelación, consistente en que cada uno de ellos padece de una afectación distinta debido al accidente sufrido por su esposo y padre, con lo que se concederá la suma de **5 SMLMV a cada uno** por este concepto.

Ahora bien, en su recurso la parte actora habla del daño en la salud, el cual, conforme los argumentos presentados se entiende como el **daño a la vida de relación y/o fisiológicos**, el cual también se encuentra sometido al arbitrio judicial (SL 5195-2019), encontrando que las alteraciones sufridas por el demandante y que se describieron en antecedencia, afectan su aptitud y disposición para disfrutar de la vida en cualquiera de sus dimensiones sociales, siendo claro que ante la pérdida de movilidad de su miembro superior derecho – el dominante -, el actor se ve imposibilitado o tendrá dificultades para realizar actividades que anteriormente efectuaba, además, fue demostrado en el plenario que el actor es padre de un menor de 5 años (a decir del registro civil allegado a folio 2 archivo 5) y sus padecimientos pueden generar algún tipo de restricción al momento de compartir momentos con su hijo, por lo que, en tales condiciones, estima la Sala condenar a la demandada al pago por tal concepto en la suma de **5 SMLMV**.

Finalmente, en cuanto al **daño por pérdida de oportunidad**, sustentado por la parte demandante en hecho de que al momento del accidente se encontraba cursando una carrera técnica de instrumentalización industrial la cual tuvo que suspender a raíz del accidente y que por ende no puede ejercer la misma, ha de indicarse que en el plenario no obra sustento alguno de tales dichos, no fue allegada prueba alguna que demostrara que, en efecto, el señor Corrales Bernal se encontraba cursando una carrera técnica y tampoco certeza alguna del grado de la misma o que hubiere podido acceder a algún tipo de empleo para ejercer la misma, razón por la cual acertada resulta la decisión de primer grado frente a tal pedimento.

Por lo anteriormente expuesto, habrá de **MODIFICARSE** la sentencia de primer grado, para condenar a la demandada al pago de los siguientes conceptos: (i) por lucro cesante, la suma de \$42.150.360,03, (ii) por concepto de daño a la vida de relación, la suma equivalente a 5 SMLMV; así mismo, se modifica los numerales quinto y sexto de la sentencia apelada para condenar a la demandada al pago de 20 SMLMV a favor del demandante por concepto de daños morales, y a pagar a la señora Ana Sofía Aguirre Gamboa y al menor Joao Morales Aguirre la suma de 5 SMLMV, a cada uno, por concepto de daños morales. En todo lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

VIII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia de origen y fecha conocidos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia se ordena a la demandada **ACUSTIMONTAJES S.A.S.** a pagar:

- a) A favor del señor **HAROLD ESTHIF CORRALES BERNAL**, por concepto de (i) lucro cesante, la suma de **\$42.150.360,03**, (ii) de daño a la vida de relación, la

- suma equivalente a **5 SMLMV** y (iii) daños morales en la suma equivalente a **20 SMLMV**;
- b) A favor de la señora **ANA SOFÍA AGUIRRE GAMBOA**, la suma de **cinco (5) SMLMV** por concepto de daños morales; y
- c) Al menor **JOAO MORALES AGUIRRE** la suma de **cinco (5) SMLMV**, por concepto de daños morales.

SEGUNDO. - Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en el cuerpo de esta determinación.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL			
MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA MARIA HENAO			
RADICACIÓN: 1100130105003202010701			
DEMANDANTE : HAROLD CORRALES			
DEMANDADO: ACUSTIMONTAJES LTDA			
FECHA	1a INSTANCIA	2da INSTANCIA	CASACIÓN
SENTENCIA			
OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN: Liquidar lucro cesante, lucro cesante a futuro de			

CÁLCULOS DE LUCRO CESANTE Y LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
CALCULO LUCRO CESANTE		
LCC =	$\frac{R (1+i)^n - 1}{i}$	
NOMBRE HAROLD CORRALES		
FECHA NACIMIENTO		26/06/1994
FECHA DEL ACCIDENTE		19/07/2019
EDAD AL ACCIDENTE		25,00
SUPERVIVENCIA ESTIMADA		55,1
SUPERVIVENCIA EN MESES		661,2
TIEMPO LUCRO CESANTE FUTURO		618,10
INTERÉS LEGAL E.A.		6%
INTERÉS LEGAL MENSUAL		0,486755%
SALARIO	\$	1.160.000,00
Salario base liquidación	\$	1.160.000,00
% Perdida de Capacidad		13,74%
% del Salario Base de Liquidación	\$	159.384,00
Actualización salario	\$	159.384,00
INTERÉS BANCARIO MENSUAL		2,134130%
TIEMPO		
FECHA INICIAL SINIESTRO		19/07/2019
FECHA FINAL SENTENCIA		31/01/2023
MESES PROBABLES DEL PROCESO		43
CALCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
LCC		\$ 7.622.624,98
CALCULO DE LUCRO CESANTE FUTURO		
LCF=	$\frac{RA (1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$	
		\$ 34.527.735,05

TOTALES LIQUIDACIÓN	
LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	\$ 7.622.624,98
LUCRO CESANTE FUTURO	\$ 34.527.735,05
TOTAL LIQUIDACION	\$ 42.150.360,03

Fuente	
Observaciones	SE REALIZA LIQUIDACION CON BASE EN LA INFORMACION SUMINISTRADA POR EL DESPACHO.

Fecha liquidación: miércoles, 1 de febrero de 2023

Recibe: _____

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 001.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 07 de diciembre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL** promovido por **BANCO FALABELLA S.A.S.** contra **JAVIER ORLANDO DÍAZ MARTÍNEZ.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la sociedad actora pretende se declare que el trabajador demandado incurrió en faltas graves que dan lugar al levantamiento de su fuero sindical, y por ende, a la terminación de su contrato de trabajo.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó los siguientes hechos: **1)** Entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 01 de junio de 2015; **2)** El demandado desempeña el cargo de Asesor de Servicio al Cliente; **3)** El 30 de noviembre de 2021, la organización sindical Empleados Sindicalizados Bancarios-E.S.B., manifestó que el

demandado hacía parte de su junta directiva en el cargo de fiscal;

4) El 03 de agosto de 2022 se emitió informe de investigación derivada de la reclamación interpuesta por la clienta, Gladys Pérez, en la que se determinó que el 29 de junio de 2022, el demandado fue requerido para el desembolso del valor restante de un crédito de consumo por la suma de \$9'600.000; no obstante, este consultó información personal y financiera de la cliente, y le informó que para poderle desembolsar necesitaba abonar la suma de \$400.000, suma esta que fue entregada en la oficina de Home Center, cerca de la zona de baños; **5)** Por lo anterior, se comunicó el 03 de agosto de 2022 la apertura del proceso disciplinario, al demandado; **6)** El 05 de agosto de 2022, se informó de la diligencia de descargos al demandado para el 08 de agosto de 2022 a las 9:00 A.M.; **7)** El 08 de agosto de 2022, E.S.B. solicitó a las 7:00 A.M. el aplazamiento de la diligencia de descargos; de modo que, se dispuso que se celebraría el 22 de agosto de 2022 a las 10:30 A.M.; y **8)** el 22 de agosto de 2022, el demandado confesó que consultó información personal y financiera de la señora Gladys Pérez sin la autorización de esta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

En audiencia celebrada el 01 de noviembre de 2022, se tuvo por NO CONTESTADA la demanda (archivo 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotado y clausurado el debate probatorio, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 07 de diciembre de 2022, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR acreditada la justa causa para la terminación del contrato de trabajo celebrado entre Javier Orlando Díaz Martínez y Banco Falabella S.A. y, por consiguiente, se ORDENA EL LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL del afiliado y se concede al Banco Falabella el permiso para despedirlo.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

En síntesis, refirió el A Quo que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 01 de junio de 2015, así como la condición de aforado del demandado por hacer parte de la junta directiva como Fiscal de la organización sindical E.S.B.; que está acreditado que el demandado consultó información personal y financiera de la investigación realizada de la cliente Gladys Pérez sin autorización de esta, así como que este le solicitó la suma de \$400.000 para hacerle un desembolso por un crédito de consumo por la suma de \$9'600.000; que existe circular del empleados dispuesta por la parte actora, en la que se dispone que la información financiera de clientes debe hacerse en su presencia, y que no hacerlo es un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo; que también está prohibido ausentarse del lugar de trabajo sin autorización del empleador; y que por lo anterior, es factible levantar el fuero sindical del demandado, y en consecuencia dar por terminado su contrato de trabajo.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si, se encuentra acreditada la configuración de una justa causa para la terminación del vínculo laboral que permita el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado.

DEL FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del C.S.T.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos¹:

“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)

La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador

¹ ST-330/05. H. Sierra

universal “todos” para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, **impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato.**” (Negrillas y subrayas de la Sala)

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98

(ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **SL2543-2020**, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a éste.

Por su parte, el artículo **405** del C.S.T., define al fuero sindical como *“la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo”*.

Y el artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra:

“Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical:

(...) c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)”

En cuanto a las **acciones que derivan del fuero sindical**, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionados con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

“ARTÍCULO 113, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL EMPLEADOR.** La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”

“ARTÍCULO 118, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL TRABAJADOR.** La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.”

Como se ve, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, es cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Así las cosas, se puede determinar primero, que el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, que el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por el empleador con la pretensión de levantar el fuero sindical, al juez laboral sólo es viable analizar si resulta posible otorgar permiso al empleador para efectuar dicho levantamiento, por lo que debe recordarse, que dentro de las justas causas de despido de un fuero sindical se encuentran las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 C.S.T. Al respecto, el artículo 410 del C.S.T., señala:

“ARTICULO 410. JUSTAS CAUSAS DEL DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y

b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra probado o no existe controversia en el proceso respecto de los siguientes hechos: **i)** La vinculación de Javier Leonardo Díaz Martínez al servicio del BANCO FALABELLA S.A.S. mediante contrato a término indefinido el 01 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de Asesor de Servicio al Cliente (fls.2 a 9 del archivo 04); **ii)** La afiliación del demandado a la organización sindical E.S.B., así como la comunicación al empleador de tal circunstancia el 30 de noviembre de 2021 (fls.20

y 21 del archivo 04); **iii)** La calidad de miembro del demandado de la junta directiva de E.S.B., como fiscal, por lo que goza de fuero sindical (fls.15 y 16 del archivo 17); **iv)** La puesta en conocimiento del trabajador demandado de un informe surgido con base en una investigación que realizó el empleador, el 03 de agosto de 2022, con ocasión de la queja presentada por la cliente, Gladys Pérez el 13 de julio de 2022 (fls. 58 a 81 y 210 del archivo 04); **v)** La citación del 05 de agosto de 2022 al trabajador para llevar a cabo diligencia de descargos el 08 del mismo mes; diligencia que se solicitó fuera aplazada por parte de E.S.B., a lo que se accedió, notificándose que se llevaría a cabo el 22 de agosto de 2022 (fls. 158 a 209); y **vi)** La celebración de una diligencia de descargos el 22 de agosto de 2022 (fls. 118 a 157 del archivo 04)

Adicional a la prueba documental obrante en los archivos 03 a 07,17 y 18, comparecieron a rendir testimonio Juan Sebastián Arbeláez Pinilla y Sara Natalia Ramírez, quienes manifestaron:

Juan Sebastián Arbeláez Pinilla dijo que se vinculó al servicio de la empresa accionante el 13 de junio del 2022; que no conoce al demandado, pero que es un ejecutivo de la empresa; que recibieron una reclamación de la cliente Gladys Pérez, donde esta informó que se acercó a la oficina del banco el 29 de junio de 2022 a solicitar un desembolso de su crédito de consumo, que la atendió, pero que le solicitó la suma de \$400.000 para ayudarle a realizar dicho trámite; que una vez recibieron esa información procedieron a realizar una investigación, identificándose que el demandado incurrió en tales conductas inusuales, así como que al finalizar la transacción salió de la oficina con la cliente, y que durante unos minutos se ve unos movimientos donde la cliente le entrega algo al ejecutivo y este inmediatamente retoma su lugar de trabajo; que en el área de fraude externo se verificó la información que indica la cliente en su carta; que aunado a lo anterior, el demandado verificó en diversas oportunidades la información personal y financiera del cliente, no obstante, para

realizar tal procedimiento se requiere presencia y autorización expresa de este; que el demandado estuvo alrededor de siete minutos en donde la quejosa se había retirado de la oficina; que de las cámaras y los aplicativos, se puede constatar que existió entrega de dinero al ejecutivo; que con los logs es posible verificar el rastro del sistema, hacer un seguimiento de hora, minuto o fecha, usuario, oficina, y la persona que realiza la consulta; y que el demandado no solicitó autorización para retirarse con la cliente del lugar de trabajo.

Por su parte, **Sara Natalia Ramírez** quien afirmó ser coordinadora de relaciones laborales con el banco Falabella desde el 03 de octubre de 2022 y que no tuvo participación en ningún proceso disciplinario en contra del trabajador, explicó que el banco al momento de contratar socializa procedimientos, reglamento interno, y aplicativos del banco; que hay una política de protección de clientes y protección de seguridad de la información y los procesos internos; que para acudir a la información de los clientes, un ejecutivo comercial siempre debe estar en presencia de este, lo que se encuentra en circulares internas de banco; y que incluso, se debe hacer validación biométrica de que la persona que está frente a ellos es la persona correcta, esto para la protección financiera de los clientes.

Pues bien. Evaluada la prueba arrimada al proceso, se encuentra en primer lugar, que la testimonial no aporta mucho a las diligencias, al evidenciar que el primero de los testigos llevaba un poco más de un mes al servicio del empleador al momento de ocurrencia de los hechos y que la segunda ingresó luego de ocurridos los mismos hechos puestos en conocimiento de la jurisdicción; no obstante manifestaron su conocimiento general de las políticas del banco frente al tratamiento de datos de los clientes, así como el desarrollo de la investigación adelantada en el caso de marras.

Sin embargo para la Sala resulta relevante la documental recaudada de la que se destaca concretamente el informe que

realizó la entidad accionante, (fls. 60 a 81), en el cual se logró identificar que la señora Gladys Pérez el 29 de junio de 2022 estuvo en la oficina HC Dorado, siendo atendida por el accionado; que la cliente solicitó el desembolso de \$9'600.000 correspondientes al valor restante que le había sido aprobado por crédito de consumo, el 26 de junio de 2022; y que el accionante le señaló a la cliente que el crédito no estaba disponible, y que para ayudarle debía hacerle entrega de la suma de \$400.000; fundamento de dicha investigación se cuenta con los soportes fílmicos obrantes en la carpeta 05, así como diversos pantallazos que fueron tomados de estos videos, en donde se observan las irregularidades en que incurrió el trabajador al momento de desembolsar el crédito, tales como que, luego que se hiciera la correspondiente transacción bancaria y el desembolso del dinero a la cliente, se encontrara con el demandado, en un lugar ajeno a donde habitualmente cumplía sus funciones y donde no había visual.

Igualmente se extracta de la investigación aludida que el accionado consultó 57 veces la información personal y financiera de la cliente sin la autorización expresa del usuario, y se constató que no se realizó la identificación biométrica que señaló la testigo Sara Natalia Ramírez se debía efectuar por la seguridad financiera del cliente; con lo que se concluye que el trabajador aforado pasó por alto las obligaciones contenidas en el estándar para la protección de los sistemas de información y equipos de cómputo, en donde se establece que, todos empleado puede acceder exclusivamente a la información que le sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones, así como que no está permitido introducir, modificar, cancelar, alterar o extraer información de los sistemas computacionales o aplicativos con el fin de obtener provecho indebido o en beneficios propio o de terceros (fls. 92 a 95 del archivo 04).

Aunado a ello, se arrimó la queja del 13 de julio de 2022, presentada por la usuaria Gladys Pérez, donde manifiesta expresamente que el trabajador le solicitó la suma de \$400.000,

y que dicho dinero se lo pagó una vez logró el desembolso del crédito cerca de la zona de los baños (fls.210 a 212 del archivo 04); información que posteriormente sería ampliada por dicha cliente mediante llamada telefónica y en donde informaría con mayor detalle los hechos que en precedencia fueron narrados, lo que se hizo en apoyo de la Gerencia de Fraude Externo.

De otro lado, en la Circular 0006 de 2019 se señala que toda consulta que se realice por parte de cualquier funcionario en la base de datos y aplicativos, debe contar con la presencia y autorización expresa del titular de la información, lo que se debe hacer con los formatos, formalidades, exigencias y procedimientos de la compañía; consultar que deben hacerse por necesidades de la operación, por lo que, no cumplirse con tales requerimientos constituye una falta grave y puede constituir justa causa de terminación del contrato de trabajo de conformidad con el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. (fl.96 del archivo 04).

Lo anterior cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que el testigo Juan Sebastián Arbeláez Pinilla narró que una vez se recibió la reclamación de la señora Gladys Pérez, se procedió a realizar una investigación, identificándose que el demandado incurrió en las conductas irregulares narradas; que en el área de fraude externo se consultó verificó la información que indica la cliente en su carta; que el trabajador accedió en diversas oportunidades a la información personal y financiera del cliente, no obstante, para realizar tal procedimiento se requería presencia y autorización expresa de este; que de las cámaras y los aplicativos, se puede constatar que existió entrega de dinero al ejecutivo; y que con los logs era posible verificar el rastro del sistema, hacer un seguimiento de hora, minuto o fecha, usuario, oficina, y la persona que realiza la consulta.

Así mismo se observa que está definido dentro del anexo contrato de trabajo del demandado, que se debe cumplir estrictamente el Manual de Protocolo de Oficinas, las políticas de

gestión comercial y de crédito, así como los procedimientos dispuestos por la entidad bancaria (fls. 44 y 45 del archivo 04); que en el Reglamento Interno de Trabajo, en el parágrafo del artículo 48 establece que es falta grave, la aceptación o solicitud de dádiva por parte del trabajador a clientes de la empresa o a terceros a cambio de tratamientos o servicios especiales (fls. 97 a 117 del archivo 04); y la política de gestión comercial de folios 214, que señala que no es dable atender a los clientes en lugares diferentes a las oficinas del banco, horarios, o en condiciones distintas a las autorizadas por dicha entidad, salvo autorización expresa y escrita del superior jerárquico, permiso que no tenía el demandado, o que no se arrimó al proceso.

En suma, dicha política señala que toda la información que el banco dispone de sus clientes tiene carácter confidencial, y que los empleados que dispongan o tengan acceso a información de clientes son responsables de su custodia y apropiado uso; que los empleados deben abstenerse de solicitar y recibir cualquier tipo de regalo/bonificación por parte de terceros, que tenga por objeto influir de manera impropia en la consecución de algún beneficio o privilegio a favor de dicho tercero; que los empleados deben conocer, respetar y hacer cumplir las diversas disposiciones que regulan la entidad y el cargo que desempeñan, de modo que en los casos que existan lagunas normativas, deben asumir una actitud ética y transparente; y que el desconocimiento o inobservancia de las reglas o procedimientos del banco es responsabilidad de cada empleado.

Con base en las probanzas del proceso, para la Sala es claro que el trabajador aforado **incumplió gravemente sus obligaciones como Asesor de Servicios**, por lo que debe concluirse que las motivaciones del empleador para dar por terminado su contrato de trabajo de conformidad con el numeral 6 de los artículos 62 y 63 del C.S.T., se encuentran justificadas y por ende resulta viable levantar el fuero de que actualmente goza por su calidad de miembro de la junta directiva de la organización sindical E.S.B., más aún si se tiene en cuenta que

dentro de la descripción del puesto de trabajo de folios 32 a 35 del archivo 04, está definido que el rol principal de su cargo es atender y solucionar adecuadamente todos los requerimientos de los clientes, asegurando una respuesta oportuna, ética y proactiva; razones todas ellas que en conjunto llevan a **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2022-00428 -01

Demandante: **BANCO FALABELLA S.A.S.**

Demandado: **JAVIER ORLANDO DÍAZ MARTÍNEZ.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE