



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105021202100184-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandante, las demandadas Protección S.A. y Skandia S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el siete (7) de septiembre de 2022 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SILVIA MANCILLA MONTOYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**ANTECEDENTES**

**SILVIA MANCILLA MONTOYA**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de SKANDIA y PROTECCIÓN, que siempre ha permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES, ordenar a SKANDIA y PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo que estuvieron bajo

su respectiva administración, ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, actualizando y corrigiendo la historia laboral, condenar a SKANDIA y PROTECCIÓN al reconocimiento y pago de los perjuicios morales, condenar en costas a los demandados, de forma subsidiaria y bajo las mismas premisas declarar la nulidad o la inexistencia del traslado del RPM al RAIS a través de SKANDIA y PROTECCIÓN, que siempre permaneció en COLPENSIONES, ordenar a estas dos entidades la devolución de los dineros a COLPENSIONES como; bonos, cotizaciones, sumas adicionales, aportes obligatorios y rendimientos, ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación, actualizar y corregir historia laboral, condenar al pago e perjuicios y costas.

**Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:**

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 1 de octubre de 1966, que ha trabajado para diferentes entidades, que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde 1992, que el 24 de mayo de 1995 suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN trasladándose al RAIS, sin que se hubiera recibido la información completa y necesaria, que en similar situación se vinculó con SKANDIA el 10 de abril de 2018, que el 15 de febrero de 2021 se solicitó ante las entidades demandadas ineficacia, nulidad o inexistencia de las afiliaciones al RAIS, que PROTECCIÓN el 2 de marzo de 2021 dio respuesta negativa. (Archivo 01DemandayAnexos.pdf)

**Contestación de la demanda**

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Protección S.A. y Skandia S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones las siguientes excepciones en su defensa; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Skandia y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Archivo 08ContestaciónDeProtección.pdf, fls. 22 a 28).

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, inexistencia de los perjuicios reclamados, inexistencia en perjuicios a cargo de SKANDIA. (Archivo 07ContestaciónDeLaDemandaSkandiaYLLlamamientoEnGarantía.pdf, fls. 37 a 39).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 06ContestaciónDeColpensionesALaDemanda.pdf, fls. 27 a 44).

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** propuso las excepciones de; el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones, “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.”, “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente, devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el siete (7) de septiembre de 2022 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS llevada a cabo el 24 de mayo de 1995 con efectividad a partir del 1 de junio de la misma anualidad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. quedando afectada por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES, condenar a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante como; aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, las comisiones y lo pagado al seguro previsional, debidamente indexados, el cual debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilizados, sin deducciones alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta individual, para ello se concede el término de un mes, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, condenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes a la ejecutoria de la decisión la totalidad de los dineros descontados de los aportes realizados por la demandante, por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades, condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, absolver a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. de las demás pretensiones, declarar probadas las excepciones denominadas inexistencia de los perjuicios reclamados e inexistencia en perjuicios a cargo de Skandia formuladas por esa misma entidad y como no probadas las demás excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, declarar probadas las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía, absolver al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor de la parte demandante y sin costas para las demandadas SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, costas a cargo de SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud al llamamiento en garantía.

### **De los recursos de apelación**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES y Skandia S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La apoderada de la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de forma parcial, argumentó que; debe condenarse en costas a las demandadas Skandia y Colpensiones, ya que fueron vencidas en el proceso, ello en virtud a lo establecido en el art. 365 del Código General del Proceso, además de que en sentencia proferidas por el Tribunal se ha determinado condena en costas para estas entidades.

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Skandia S.A., argumentó que; la entidad actuó de buena fe en el traslado horizontal que hizo la demandante, además porque se llevó acabo de forma libre, voluntaria y consiente, tal como se expresó en el formulario de afiliación el cual cumplía con los requisitos exigidos para el año 2008, pues no es procedente ordenar la devolución de los rendimientos, junto con las sumas descontadas por seguros previsionales, gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, además de las costas a MAPFRE, las cuales deberían estar a cargo de la parte demandante, el retorno no es por faltar al deber de información, sino por razones de carácter económico frente a la expectativa pensional. De otro lado, el acto de afiliación que se encuentra en discusión es susceptible de prescripción, incluso el bono pensional no debería ser devuelto a COLPENSIONES sino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ello en consecuencia a que el vínculo jurídico nunca existió, suerte que debiera seguir los rendimientos de los aportes, entonces al ordenarse la devolución de sumas por descuentos realizados de los aportes, los cuales son legales, generan un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, violándose los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima, además se hizo efectiva la cobertura asegurado en favor de la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada con la entidad, encontrándose amparada por los riesgo de invalidez y muerte y la indexación implica un doble cobro para la entidad, por último en cuanto a las costas procesales en favor de MAPFRE efectivamente existe una responsabilidad de la aseguradora en virtud a las pólizas frente a los riesgos IVM, por lo que debe devolver los valores correspondientes a los gastos de administración, sin que entonces haya condena a costas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; nótese que no existe vicio del consentimiento alguno, además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, el interrogatorio de parte practicado no corrobora que se haya faltado al deber de información, si bien la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones, lo cierto es que existe formulario de afiliación, la orden del traslado de régimen genera una descapitalización al sistema pensional, también solicita se confirme lo correspondiente a las costas ya que no tuvo la entidad injerencia en el traslado de régimen.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Una vez corrido el traslado correspondiente, las partes se pronunciaron así: la demandante a través de su apoderado solicitó se confirme la decisión de primera instancia y se revoque la no condena en costas, la demandada Skandia S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso y solicitó la revocatoria del fallo, por su parte COLPENSIONES pretende se revoque el fallo haciendo hincapié sobre la prohibición legal establecida en la ley para que se dé traslado de régimen, por no acreditar vicios del consentimiento, respecto a la carga de la prueba que es responsabilidad del deudor, en cuanto al deber de información y sobre la descapitalización del sistema, MAPFRE llamada en garantía ruega se confirme el fallo de primera instancia en relación a la aseguradora, por último la demandada PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

### **Problema Jurídico:**

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Skandia S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la llamada en garantía debe responder por sumas de dinero en virtud a los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante y **v)** si las demandadas deben ser condenadas en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

## **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS**

Se encuentra suplido este requisito con solicitud radicada ante Colpensiones el 16 de febrero de 2021 en donde se peticiona el traslado al

RPMPD. (Archivo 01DemandayAnexos.pdf, fl. 66)

## **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de

ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las***

**explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<b>Deber de información</b>	<b>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</b>	<b>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</b>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que

deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el primero (1) de octubre de 1966 (archivo 01DemandayAnexos.pdf, fl. 32), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 10 de junio de 1992 y el 30 de junio de 1995 un total de 152.29 semanas (Archivo 01DemandayAnexos.pdf, fl. 47), iii) que el veinticuatro (24) de mayo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 1995 (Archivo 08ContestaciónDeProtección.pdf, fls. 31 al 33). vi) que posteriormente realizó un traslado horizontal el diez (10) de abril de 2018 se trasladó de A.F.P. OLDMUTUAL S.A. hoy Skandia S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de junio de 2018 (Archivo 07ContestaciónDeLaDemandaSkandiaYLLlamamientoEnGarantía.pdf, fls. 62 y 64) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.461 semanas (Archivo 07ContestaciónDeLaDemandaSkandiaYLLlamamientoEnGarantía.pdf, fl. 58).

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a algún fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y los apoderados de las partes, por el contrario de lo referido no conoce las características, ni diferencias de cada uno de los regímenes pensionales.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Protección S.A. y Skandia S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Silvia Mancilla Montoya asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”*, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de

fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además*

de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, **a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el**

**cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibídem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».**

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho

*pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Skandia S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

Referente a lo manifestado por la recurrente del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere la demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4º del artículo 2º del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede

en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el veinticuatro (24) de mayo de 1995 con efectividad el 1 de junio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

### **Del fenómeno de la prescripción**

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo petitionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

### **De la imposición en costas**

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

**“CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

*“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”*

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que no se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones y SKANDIA S.A., quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar en todo lo demás la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y SKANDIA S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera se modifican para en su lugar condenar a las demandadas ya referencias a pagar costas en favor de la parte demandante, las cuales deben ser tasadas en primera instancia, por lo demás se confirman dadas las resultados del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR el numeral noveno de** la sentencia proferida el siete (7) de septiembre de 2022 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **SILVIA MANCILLA MONTOYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** para en su lugar, **CONDENAR** también a las demandada COLPENSIONES y SKANDIA S.A. al pago de costas procesales en favor de la parte demandante, las cuales deberán ser tasadas en primera instancia, conforme a las razones expuestas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el siete (7) de septiembre de 2022 por el Juzgado veintiún (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **SILVIA MANCILLA MONTOYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a las demandadas Colpensiones, y Skandia S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**

*En uso de permiso*  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
**Magistrado**

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS  
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Proceso: Ordinario  
Radicación No. **11001-31-05-019-2017-00360-01**  
Demandante: **EVER JAIME FONSECA NAJAR**  
Demandado: **E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

En Bogotá D.C. a los **18 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES.**

**EVER JAIME FONSECA NAJAR** demandó a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. ETB**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se condene al reintegro, debido al despido con violación de los derechos fundamentales de libre asociación y a la negociación colectiva de trabajo, sin solución de continuidad, en las mismas condiciones laborales, el pago de salarios, prestaciones dejadas de percibir y cotizaciones al sistema de seguridad social integral, ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que nació el 1 de diciembre de 1962, y para la fecha de presentación de la demanda tenía 53 años y once meses de edad, laboró para la demandada desde el 30 de junio de 1998, en el cargo de profesional IV, con contrato de trabajo a término indefinido; fue despedido sin justa causa inicialmente el 2 de noviembre de 2007, mediante acción de tutela, fue reintegrado, como argumentos principales argüidos fueron la injusta causa y la vulneración al derecho de asociación; que en la demandada existe el sindicato SINTRATELEFONOS, que ingreso al sindicato el 2 de noviembre de 2007, que se estableció como indicio grave de la empresa persecución sindical, ya que el accionar de la demandada produce efectos intimidatorios sobre trabajadores ya que retira a quien se afilia al citado sindicato; que por repetidas violaciones de la demandada contra sus trabajadores por el derecho de asociación la Corte Constitucional, profirió la sentencia de tutela de 22 de julio de 2005, amparando a los trabajadores sindicalizados despedidos, ordenando su reintegro; en el numeral cuarto dispuso: *“Prevenir a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizado, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, en los términos expresados en la Jurisprudencia Constitucional”*; por lo anterior se supedita a la demandada a que previamente al despido de un trabajador previamente informe al sindicato y así evitar se continúe violando los derechos fundamentales del sindicato y sus trabajadores; que fue despedido el 6 de noviembre de 2015, en la mismas condiciones que en el año 2007, es decir sin justa causa y en razón de permanecer afiliado al sindicato de trabajadores de la demandada; laboró ininterrumpidamente por diecisiete años y cuatro meses; le fueron canceladas las prestaciones correspondientes pero le fueron descontadas las obligaciones adquiridas; que al poner en conocimiento de los directivos sindicales el despido argumentaron que se trataba de una persecución sindical; que la hija menor del demandante posee un grave estado de salud por problemas de tiroides y por tal razón debe tener un tratamiento permanente y estar asistida por un endocrinólogo, exámenes consistentes en anormalidades celulares epiteliales, lesión intraepitelial escamosa; que la hija se encuentra en tratamiento desde 2011 con problemas de tiroides y se deben hacer controles y tomar

diariamente Eutirox de 250 meg.; en citología del mes de septiembre de 2015, le encontraron anomalías celulares epiteliales, lesión intraepitelial escamosa de bajo grado, en cambios asociados la lesión Virus del Papiloma Humana NIC 1 y cambios celulares reactivos asociados a la inflamación; por su avanzada edad no consigue empleo, ni trabajo alguno, para el sostenimiento de la familia; que se le han violado sus derechos a la estabilidad laboral, toda vez que fue despedido sin justa causa, frente a la oportunidad y a las características de la conducta desplegada por su empleador al colocar a su familia en riesgo; que es padre cabeza de familia, a su cargo dos hijos a los cuales tiene que responder por sus alimentos, menores de 25 años, se encuentran estudiando y dependen económicamente de él; tenía como sueldo \$3.950.754; que al ser despedido en la segunda oportunidad se continuaron violando sus derechos toda vez que la empresa no informó previamente a los directivos del sindicato la determinación de cancelar el contrato de trabajo sin justa causa; y la organización sindical cuyos derechos fueron protegidos por la Corte Constitucional, se vio afectada en su funcionamiento como organización sindical al despedir al afiliado demandante, pese a la prevención de la Corte Constitucional, de evitar el ánimo persecutorio contra el sindicato y sus afiliados (PDF 04Demanda).

La demanda fue repartida al **Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad judicial que, con proveído de 15 de junio de 2017, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 07AutoAdmiteDemanda).

La sociedad demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. ETB**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que no ha violado derechos fundamentales del demandante ni del sindicato cuando dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, pagando una cuantiosa indemnización, por el contrario se ajustó a la ley, la Constitución y la convención colectiva de trabajo e incluso a normas internacionales, y que el demandante no tiene legitimación para elevar peticiones a nombre del Sindicato.

Como hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa, se refirió a la naturaleza jurídica de la entidad demandada, e indicó que es ajustado al ordenamiento jurídico en todos los niveles dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa con indemnización, situación que no excluye a los afiliados al sindicato; cita el artículo 64 del CST, el literal d) del artículo 7 del protocolo de San Salvador; expone que la indemnización cubre cualquier perjuicio; que es viable la terminación del contrato de trabajo a trabajadores sindicalizados, cita lo expuesto en sentencia T 660 de 30 de agosto de 2010, tutela que se profirió como cierre de la acción que instauró el sindicato de trabajadores de la demandada, y resuelve varios aspectos, incluso los derechos mencionados en el escrito de demanda, particularmente cuando el empleador atenta contra el derecho a la libertad sindical y la manera de acreditarlo, que no es con meros discursos y afirmaciones al aire, que no es con acusaciones ligeras, como es la constante de la demanda; que no es obligación para la demandada informar al sindicato sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin mediar justa causa de despido y con la consecuencia indemnización, expone que es costumbre aludir a la sentencia T 764 de 2005, para opacar la tesis de la demandada, que no se encuentra obligada a informar sobre la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, que dicho punto fue aclarado y resuelto por la Corte Constitucional en sentencia T 660 de 30 de agosto 2010, dentro de la acción instaurada por el sindicato, y se dejó claro que la demandada no está obligada a informar, mucho menos a pedir autorización al sindicato cuanto proceda a terminar unilateralmente contratos de trabajo; y expone también que el demandante no tiene fuero sindical.

En su defensa propuso excepciones de mérito que denominó: Inexistencia de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos facticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda, inexistencia de violación a normas convencionales por parte de mi representada y la que llamo genérica (PDF09Contestación De Demanda).

## II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 11 de marzo de 2020, resolvió:

*“...PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. - ETB S.A. de todas y cada una de las pretensiones instauradas en su contra por parte del señor EVER JAIME FONSECA NAJAR identificado con la C.C. No 79.304.590, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de causa para demandar V cobro de lo no debido. v no probadas las demás.*

*TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.*

*CUARTO: CONSULTAR esta providencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandante. ...”.*

## III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos:

*“(...) Con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir vuestro despacho teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.*

*En primer lugar pues lo expuesto en los alegatos en los cuales indico las razones por la cual solicitaba que se concedieran las pretensiones formuladas y aunando más sobre el respecto y de acuerdo a la parte motiva señalada por vuestra señoría en la respectiva sentencia, me permito manifestar que me aparto de ciertos puntos teniendo en cuenta en primer lugar que como lo manifestó el demandante en su interrogatorio durante todo el tiempo que estuvo laborando sobre todo a partir del año 2005 o 10 (sic) cuando fue reintegrado inicialmente y si verificamos las causas que dieron lugar para esa época de su despido como las mismas causas que dieron lugar para el despido injusto del cual es el que estamos solicitando en esta fecha coinciden con las mismas situaciones tanto de orden legal como fáctico que la entidad tomo con respecto a él. Efectivamente el señor EDER FONSECA durante su último tiempo que estuvo laborando fue constreñido por parte de sus directivas en todo lo pertinente a su trabajo lo que implica que así no obre dentro del proceso otro tipo de documento en el cual se dijera que era perseguido o que buscaban esas razones, el caso claro y concreto es que el mismo siempre estuvo hostigado mas que todo por la Dra. Nohora que fue la que dio lugar prácticamente para que se tomara por parte de la entidad la decisión de dar por terminado su trabajo de forma injustificada, es decir que de alguna manera buscaban la forma para que él sea retirara cosa que no fue posible inclusive él tuvo que durante mucho tiempo soportar una carga laboral a la cual no tenía por qué estar sometido sino de acuerdo a lo que estaba estipulado en el contrato de trabajo de sus actividades propiamente dichas, sin embargo el realizó y superó la carga laboral a la cual había sido contratado como así mismo pasaron muchas situaciones e incapacidades que nunca pudo disfrutar las mismas, sus vacaciones tampoco las pudo disfrutar tal como el mismo lo manifestó, entonces sí estuvo su labor como tal, si por parte de las directivas como lo indique estaba su voluntad en cierta forma constreñida por las situaciones que planteaban sus diferentes jefes en los cuales él tenía una carga laboral fuera de lo normal entonces que quiere decir ello, que de todas formas buscaban que él se retirara de la entidad y como no fue posible simplemente lo dieron por terminado el contrato laboral, pagando una indemnización que tampoco correspondía tampoco a la realidad por el tiempo que él estuvo laborando que fueron 18 años a ETB, igualmente al señor EDER se le presentó en el 2010 un plan de*

*retiro en el cual las condiciones eran totalmente diferentes por un valor de \$196.862.04 Pero como la intención de él al no firmarla por cuanto que le interesaba más continuar desarrollando unas actividades y gozar de un salario así fuese con toda la carga laboral que tenía no importaba y con todas las circunstancias que él tenía que padecer para poderse sostener en el trabajo en razón a que tenía obligaciones personales que tenía que cumplir y por ende se vio sometido a estas circunstancias, por lo que considero que si efectivamente se presentó una violación de sus derechos de carácter laboral tal como se indica en la parte de fundamentos de derecho de la demanda en los cuales se especifica cuáles de estos derechos se vieron violentados por la ETB, por ello considero señora juez que efectivamente y rogaría a los señores magistrados tuvieran en cuenta dichas consideraciones y estos aspectos por los cuales se vio sometido el señor Ever Fonseca y por lo cual se dio por parte de ETB su retiro de la forma como lo hicieron que fue sin justa causa, y por ello vuelvo y reitero que las pretensiones formuladas se han de despachar favorablemente si los honorables magistrados consideran o tienen en cuenta las consideraciones aquí planteadas en este recurso de apelación.”*

El Juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado José William González Zuluaga (PDF 01ActaDeReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 3 de marzo de 2023 (PDF 06ActaReparto ídem).

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte demandada, presentó alegaciones en segunda instancia; solicita se confirme la decisión de primer grado; para lo cual, sostuvo, entre otras cosas, que la terminación del contrato se ajustó a derecho y no se presenta causales de estabilidad laboral reforzada, y la terminación no excluye a los trabajadores sindicalizados, alude al artículo 64 del CST, modificado por el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, artículo 6 ley 50 de 1990 y 28 ley 789 de 2002, en relación con el literal c) de la cláusula 4 de la convención colectiva de trabajo 1990 1991, que corresponde a la cláusula 19 literal c de la recopilación de convenciones colectivas de 1994, e igualmente el literal d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la sentencia C 1507 de 8 de noviembre de 2000, donde se estudió la constitucionalidad de los artículo 5 y 6 de la Ley 50 de 1990, señalando que

también alude a la condición resolutoria de los contratos de trabajo, textualmente expuso:

*(...) 5°. Se debate la terminación del contrato de trabajo a trabajadores sindicalizados sin soporte algunos como ensalzando una suerte de privilegio distinto por supuesto al que sí ostentan los aforados, que no fue el caso de EVER JAIME FONSECA NAJAR. Hay pluralidad de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral y de la Corte Constitucional sobre este punto. Por supuesto confirmando la fortaleza jurídica de tal institución, y claro, enseñando los límites. Ratifiquemos para derrumbar la tesis que se viene exponiendo sin éxito, en el sentido de que por virtud de la sentencia T 764 de 2005 hay que solicitar una suerte de permiso al sindicato de ase SINTRATELEFONOS para terminar el contrato de trabajo a trabajadores sindicalizados. Obliga a recordar la Sentencia T-660 del 30 de agosto de 2010. Marco la pertinencia de esta providencia porque precisamente se dictó como cierre de la acción de tutela instaurada por SINTRATELEFONOS contra la ETB S.A. E.S.P., allí resuelve varios aspectos, incluso (-1 Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente T-2.579.172 4-) de los mencionados en el escrito demandatorio, interesa en este aparte resaltar cuando la conducta del empleador atenta contra el derecho a la libertad de asociación sindical y la manera de acreditarlo. Hay un test muy completo en esta sentencia para establecer si un acto del empleador como el que nos ocupa constituye persecución sindical. Traigamos este aparte que aparece en la parte inicial de la sentencia como resumen:*

*El Juez Constitucional debe determinar si la conducta desplegada por el empleador se convierte en abusiva, desproporcionada e inconstitucional, vulnerando así el derecho a la libertad de asociación sindical. Por ello, en cada caso concreto, le corresponde al juez hacer una valoración en conjunto de los distintos factores concurrentes, para definir si efectivamente el despido sin justa causa de trabajadores sindicalizados vulnera los derechos constitucionales del sindicato y los de sus afiliados. Además, en esos eventos, la conclusión a la que se llegue debe estar sustentada en pruebas e indicios suficientes que permitan apreciar las circunstancias en las que el empleador dio por terminados los contratos de trabajo de los miembros del sindicato. En esa medida, frente ante la ausencia de una prueba o indicio que le permita al Juez de Tutela establecer la vulneración del derecho de asociación sindical, lo lógico es acudir a un debate amplio ante el juez natural, a fin de verificar de manera completa y en un proceso público su eventual afectación. Por tanto, si el juez de tutela no cuenta con elementos de convicción que lo lleven a establecer una conducta antisindical por parte del empleador, prevalece el régimen legal que habilita la terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa, con el pago de la indemnización correspondiente, sin que, en tal hipótesis, corresponda al empleador demostrar que la terminación de los contratos tenía una explicación suficiente. (Subrayo).*

*Por eso NO es obligación para la empresa informar al sindicato sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin mediar justa causa de despido y con la consecuente indemnización.*

*Se ha hecho costumbre aludir a lo resuelto en el numeral cuarto de la Sentencia T-764 de 2005, la Empresa no se encuentra obligada a informar a la organización sindical sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa a trabajadores sindicalizados, pues allí se imponía esa obligación, por eso no obró para el caso de EVER JAIME FONSECA NAJAR.*

*Véase que el punto fue aclarado y resuelto por la propia Corte Constitucional en la Sentencia T – 660 del 30 de agosto de 2010 citada, ampliamente ilustrativa y pertinente como la que más para resolver el caso que nos ocupa, razón para no dudar en remitir a su completa lectura por su aplicabilidad, no solo a este punto que lo despeja plenamente, sino a otros aspectos de la presente demanda.*

*Entre otras cosas deja claro que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP, NO está obligada a informar, mucho menos a pedir autorización a SINTRATELEFONOS cuando proceda a la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa previa indemnización a trabajadores sindicalizados y que aquella carga se refirió a un caso concreto y a unos específicos trabajadores, a unos hechos enmarcados en determinadas circunstancias, que no es dable ni ajustado a derecho imponer por secula seculorum, ex nunc, una obligación no prevista en el ordenamiento jurídico, consecuente con la naturaleza inter-partes de las decisiones de tutela y que cada caso es diferente, como ocurre en el que estamos analizando, absolutamente extraño a lo que en aquella época ocupó a la Corte. Mal pueden extenderse las consecuencias de una sentencia T a todas las personas, todos los casos, todos los tiempos; las sentencias T NO SON erga omnes, las sentencias T SON inter partes. Desde entonces (nos referimos a todo el debate que culminó con la Sentencia T-660 de 2010) ya sosteníamos que, en relación con el deber de informar al sindicato sobre la eventual desvinculación de sus afiliados, según lo resuelto en la sentencia T-764 de 2005, “no resultaba aplicable en este caso, toda vez que no se trata de la misma situación que se valoró en aquella oportunidad, ...”.*

*Así mismo fue juiciosa la Corte en enseñar los límites y condiciones, amén de requisitos para que se pueda considerar la mentada terminación de contratos a trabajadores sindicalizados, un atentado contra el derecho de asociación sindical y los anejos a esta. La lectura y estudio de esta importante providencia nos parece de inmensa importancia para el caso de autos y los demás que frente a la ETB S.A. E.S.P se tramiten bajo tal acusación, por eso no haremos extensas transcripciones y evocaremos los apartes más relevantes al caso y al argumento que estamos sustentando en la impugnación.*

*Claro, en el escrito de la demanda únicamente citan, como se ha hecho en múltiples oportunidades, la Sentencia T-764 de 2005 hoy revaluada e inaplicable, obediente única y exclusivamente para unos despidos ocurridos en el año 2003, para esas personas y bajo unas particulares circunstancias, ningún efecto puede tener sobre un evento ocurrido tantos años después, como fue la terminación del contrato ajustada plenamente a derecho a EVER JAIME FONSECA NAJAR.*

*La Corte Constitucional, en la sentencia T – 660 del 30 de Agosto de 2010 citada, al entrar en el análisis de los planteamientos del problema jurídico, expresó en cuanto a este particular tema:*

*“(...) SINTRATELEFONOS presenta acción de tutela como mecanismo transitorio al considerar que la desvinculación de quince trabajadores por parte de la ETB es producto de una persecución sindical que busca desestimular el derecho de asociación. Además, encuentra que se desconoció la prevención contenida en la sentencia T-764 de 2005, de informar a la organización sindical toda desvinculación de los trabajadores afiliados. (...)”.*

*En el numeral 7.5. de sus argumentos jurídicos, la Corte motiva la decisión para desestimar la posición del sindicato en los siguientes términos:*

***“(...) 7.5. Los elementos fácticos presentados en la sentencia T-764 de 2005, son diferentes a los estudiados en esta oportunidad.***

7.5.1. Finalmente, como SINTRATELEFONOS alegó la aplicación de la sentencia T 764 de 2005 en este caso en particular, procede la Sala a exponer los argumentos por los cuales las condiciones señaladas en aquella oportunidad no se ajustan a este caso.

A efectos de poner en contexto la argumentación expuesta por la organización sindical, es conveniente exponer brevemente la situación fáctica que rodeó el anterior pronunciamiento.

Así, tenemos que entre el 20 de junio y el 13 de agosto de 2003, la ETB dio terminados, sin justa causa y con el reconocimiento de la correspondiente indemnización convencional, el contrato de trabajo de 35 trabajadores de la empresa pertenecientes al sindicato. SINTRATELEFONOS interpuso acción de tutela, al considerar que los despidos se habían dado a consecuencia de las distintas protestas en contra de un programa de capitalización de la ETB -que consideraban constituía una privatización de la empresa- y aquellas adelantadas en solidaridad con los trabajadores de TELECOM frente a la decisión del gobierno nacional de suprimir y liquidar esa empresa y crear la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

En aquella oportunidad, encontró la Corte que los despidos se produjeron en una época de agitación sindical y de tensión en las relaciones empresa - sindicato afectaron a trabajadores sindicalizados que habían participado en distintas actividades sindicales, lo que a la postre generó una duda razonable en torno al carácter antisindical de la conducta del empleador y a la afectación que de la misma se derivaría para la organización de los trabajadores. Situación que conllevó a la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la ETB entrar a demostrar que la terminación de los contratos de trabajo no obedeció a una persecución sindical. (...).

7.5.2. Ahora bien, frente al caso que actualmente corresponde estudiar a la Corte, se encuentra que las situaciones de hecho son diferentes, toda vez que no existe una duda razonable que permita inferir que la ETB actuó en contra de los derechos sindicales, pues, como se dijo, se firmó un acuerdo convencional con el sindicato, donde se reconocieron una serie de prerrogativas a favor del mismo. Entonces, en este caso no se despierta una mínima duda de actos retaliatorios o de menoscabo a la libertad sindical, que afecten a sus miembros y el sindicato mismo.

7.5.3. Por otra parte, en la referida sentencia (T-764 de 2005), se previno a la ETB para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, procediera a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo.

En relación con este aspecto, encuentra la Sala que la orden dada en esa oportunidad por la Corte Constitucional atendió a unas circunstancias particulares por el desconocimiento del derecho de asociación sindical que protegió. En cambio, según se ha expuesto la situación que hoy precede muestra nuevos elementos de juicio que llevan a una determinación diferente como lo es la improcedencia de la acción. Entonces, los asuntos concernientes al incumplimiento de la sentencia de revisión deben ser ventilados ante el juez de cumplimiento2 . (...). (Subrayo).

Nuevamente considero que sería redundante e inoficioso hacer más comentarios o disquisiciones al respecto.

La Corte Constitucional en 2005 hace una “prevención” “prevenir a ... “; no modifica el Código Sustantivo del Trabajo en materia de terminación unilateral del contrato de trabajo, no crea una causal de estabilidad o imposibilidad de despido o acaso de ineficacia, nulidad del despido por no hacer el mencionado informe a SINTRATELEFONOS. Por eso tampoco indica cuáles serían los efectos si no lo hace. Pero de todas formas ese no es el caso del demandante EVER JAIME porque nada hace relación su despido en 2015 no por supuesto fue materia de estudio en la sentencia T 764 de 2005

*En todo caso es claro y por eso no hay prueba en contrario que nada tiene que ver lo ocurrido en el primer semestre de 2003 que la Corte Constitucional consideró necesario reprochar a la Empresa por unos actos que afectaban el derecho de asociación sindical, con la terminación del contrato de trabajo a EVER JAIME FONSECA NAJAR el 6 de noviembre de 2015, más de 12 años después.*

*6°. Los sindicatos activos en la empresa, a saber, SINTRATELEFONOS, ATELCA, SINALTRATIC y ASPROTIC el primero de ellos data de la década del 40 del siglo pasado, realizan su actividad con plena libertad y garantías, por supuesto en ocasiones de manera beligerante, es natural que no compartan políticas institucionales. Ahora, es cierto que se han terminado contratos de trabajadores afiliados al sindicato, porque esta empresa como todas públicas y privadas bajo el régimen del derecho privado, eventualmente realiza terminación de contratos de trabajo, plenamente amparada en la ley, la Constitución Política y la Convención Colectiva y no hay razón para que solo la aplique cuando a ello hubiere lugar frente a la ínfima minoría de trabajadores no sindicalizados.*

*7°. Por su puesto que EVER JAIME FONSECA NAJAR era afiliado a uno de los sindicatos, pero NO AFORADO. Por ende, su actividad sindical se correspondería con la que puede “(-2 Por regla general, la autoridad judicial competente para vigilar el cumplimiento de los fallos de tutela es el juez de primera instancia. Así se ha indicado en diversos pronunciamientos. (Ver autos A-064 de 2010, A-329 de 2009, A-326 de 2009 y A-313 de 2009, así como en la sentencia T-458 de 2008). Además, que la Corte Constitucional no pierde la competencia para hacer cumplir sus fallos una vez sea proferida la sentencia de revisión como puede verificarse entre muchos otros, en los autos 136 A de 2002, 149 A de 2003, 10 de 2004, 120 de 2007 y 091 de 2010.-.)” 7 realizar cualquier afiliado como lo son cientos y cientos, la inmensa mayoría de los trabajadores de la Empresa, lo cual no les da protección especial frente a los pocos no sindicalizados en tratándose de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador. ....”*

Luego se refiere en los alegatos afirma que no se probó que el demandante tuviera condición de padre cabeza de familia a la terminación del contrato de trabajo, de acuerdo lo establecido en la ley y la jurisprudencia, se refirió a la ley 82 de 1993, modificada por la ley 1232 de 2008, lo dispuesto en sentencia T 162 de 2010, alude a diferentes decisiones de la Corte Constitucional que indican los requisitos para estimar la protección del retén social, T 835 de 2012, T 420 DE 2017 y 813 de 2013, para concluir que el demandante no se encuentra en ninguna de ellas. (PDF 05AlegatosETB Cuaderno segunda instancia).

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo

en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se advierte que no existe controversia respecto a los siguientes supuestos: que el demandante fue vinculado a la sociedad accionada a través de contrato de trabajo a término indefinido, entre el 30 de junio de 1998 al 6 de noviembre de 2015, fecha en la cual la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, pagando la indemnización establecida en la convención colectiva de trabajo.

Revisado lo expuesto en el recurso de apelación, se observa que señala inicialmente que en los alegatos indicó las razones por las cuales solicitaba se concediera las pretensiones formuladas y luego que sumado se debe tener en cuenta que como lo manifestó el demandante en su interrogatorio de parte durante todo el tiempo que estuvo laborando sobre todo a partir del año 2005 o 10 sic, cuando fue reintegrado inicialmente, y verificadas las causas que dieron lugar al despido para esa época como las mismas para el despido injusto que está solicitando, que coinciden con la misma situación tanto de orden legal como factico; que el demandante durante el último tiempo que estuvo laborando fue constreñido por parte de sus directivos, que estuvo hostigado e indica el nombre de la Dra., Nohora, que buscaban de alguna manera que él se retirara, que tuvo que soportar durante mucho tiempo una carga laboral a la cual no tenía que estar sometido, que en el 2010 se le presento un plan de retiro ofreciéndole un dinero, circunstancias por la que estima la recurrente que se presentó una violación de sus derechos de carácter laboral tal como indica en los fundamentos de derecho de la demanda.

Sin embargo, las circunstancias aludidas por la recurrente no se acreditan, pues revisados los medios de prueba allegados, no se colige que el demandante hubiese sido hostigado, o se le impusiera una carga de trabajo superior a la que le correspondía desarrollar, pues como bien lo señala la recurrente el demandante de ello hizo alusión al absolver el interrogatorio de parte, para lo cual debe en

primer lugar señalarse que lo expuesto por el actor en dicha diligencia no tiene la connotación de confesión en los términos del numeral 2 del artículo 191 del CGP, ya que para que tenga tal carácter debe versar “sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”, y en segundo lugar porque lo manifestado no encuentra soporte en ningún medio de prueba dentro del proceso, y sobre el ofrecimiento de un plan de retiro en el año 2010, no puede estimarse como una persecución, tanto así que como lo manifiesta la recurrente no lo acepto, y la terminación del contrato se produce cinco años después, sin que exista elemento de convicción que permita vincular un acontecimiento con el otro.

La juez para absolver del reintegro petición de la demanda, después de citar varias disposiciones, la carta de terminación del contrato de trabajo, expuso de manera general que

*“(...) el reintegro no es el único medio de que fue adoptado por el legislador con miras a proteger a los trabajadores y resarcir los perjuicios que le sean ocasionados en razón de una desvinculación en una relación laboral, es así que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador determinó la figura del reintegro solo para eventos específicos siendo un ejemplo los casos en que el trabajador encontrándose en estado de debilidad manifiesta o las mujeres en estado de embarazo o en época de lactancia fueran despedidos sin justa causa sin la autorización del ministerio del trabajo generando así una violación a la estabilidad laboral denominada reforzada que tiene como consecuencia la restitución de su derecho y vincularlo nuevamente a la labor que realizaba, no obstante es necesario que para acceder a esa petición quien la solicite debe satisfacer esos requisitos y condiciones previstos expresamente en cada caso en concreto donde se aplica siendo necesario que para acceder a esa pretensión, que era bajo esos supuestos que la parte actora ha debido encausar el debate probatorio y la materia de la controversia, en el caso de marras encontramos que se cuestiona el trabajador manera muy genérica la justa de la desvinculación pudiendo entenderse que se debe a una violación al derecho la libre asociación sindical toda vez que considera que el despido obedeció por el hecho de él encontrarse afiliado a una organización sindical SINTRATELEFONOS, no obstante este estrado una vez verificados los documentos allegados no encontró prueba alguna por medio de la cual pueda inferirse que el despido estuviera ligado a esa calidad de afiliado a la organización sindical, conclusión a la que arriba este despacho teniendo en cuenta que tal como pudo establecerse en el proceso el demandante se encontraba afiliado a SINTRATELEFONOS desde el año 2007 y el despido fue realizado por la entidad ocho años después de su vinculación sin que se pueda inferir lo alegado que luego del reintegro al que fue sujeto en el 2007 se presentara actos por parte de la entidad demandada mediante los cuales generara sistemática persecución para una terminación del contrato del libelista por su condición pues incluso pese a que en su interrogatorio de parte nos aseguró que él se quejó ante la organización sindical respecto al aumento de la carga laboral los actos referidos*

*en ninguna forma fueron relacionados en esa calidad de afiliado a la organización, además de ello debe indicarse que no se encontró que el actor fuera parte de la junta directiva del sindicato ni mucho menos que a la fecha del despido se encontrara en una negociación colectiva es decir que no gozaba del fuero sindical, ahora bien lo que se refiere al procedimiento para el despido a que alude el demandante y que obra en la cláusula trece de la convención colectiva de trabajo observa este despacho que se refiere al que se encuentra regulado en la convención colectiva 2004 2005, procedimiento del cual no fue encontrada prueba alguna de que se le haya realizado al demandante previa a su desvinculación, debe indicar este estrado que la falta de la práctica del mismo tampoco configura como erróneamente lo interpreta la parte demandante una causal para que el demandante sea reintegrado a la labor que venía realizando, lo anterior dado a lo dispuesto en la mentada convención pues puede inferirse que el procedimiento establecido es de obligatorio cumplimiento cuando el despido sea una sanción como consecuencia de una acción u omisión de los trabajadores al cumplir funciones del cargo que ostentan en la entidad situación que en este asunto no se observa pues la terminación del contrato no obedeció a una falta cometida por el aquí demandante sino esa voluntad del empleador de no continuar con el vínculo laboral que sostenía con él, situación que no afecta en forma alguna los derechos del aquí interesado toda vez esta juzgadora tiene claro que el despido puede ser pactado como una sanción tampoco ignora que el mismo es una facultad propia de la relación laboral el cual en ningún caso puede estar sujeto a un trámite previo, criterio que ha sido reiterado por nuestra honorable Corte suprema justicia Sala Laborar en diversas sentencias entre otras el radicado 39394 15 de febrero de 2011..(cita la sentencia). Dicho lo anterior debe precisarse que pese a que el demandante demostró las obligaciones que están bajo su cargo y las dolencias que aquejan a una de sus hijas eso de por si no lo hacen acreedor a la estabilidad laboral reforzada y como quiera que no se observa que el demandante goce de alguna calidad especial que lo haga ser beneficiario de cualquier tipo de estabilidad laboral y dado que la demandada además pago en debida forma indemnización por el despido que como lo dice fue sin justa causa al que fue sujeto el señor FONSECA, situación que fue aceptada por el demandante en su interrogatorio de parte, no queda otro camino diferente de absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en la presente demanda, ( ... )”*

Lo aludido por la apoderada de la parte recurrente al inició de su intervención en el sentido que: *“En primer lugar pues lo expuesto en los alegatos en los cuales indico las razones por la cual solicitaba que se concedieran las pretensiones formuladas...”,* no puede estimarse como suficiente lo expuesto en los alegatos como argumentos para controvertir lo examinado y resuelto en la sentencia, pues no resulta admisible que se formule ataque o se cuestione la sentencia antes de pronunciarse. No obstante, lo anterior se advierte que la recurrente en dicha etapa procesal solicitó se despachara favorablemente las peticiones teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y derecho que reposan en la demanda y que el demandante de acuerdo con lo manifestado en el interrogatorio durante el tiempo que estuvo trabajando con la ETB tanto en la parte inicial como ya al final fue despedido sin junta causa, y se denota que fue perseguido durante todo el tiempo

por varias de las directivas y por ende en estas circunstancias se violaron sus derechos mínimos constitucionales como son el estar afiliado a un sindicato, y que por ende a la demandada no le interesaba que sus funcionarios se encuentren vinculados a dichas instituciones siendo una violación infraganti del derecho que tiene la persona de estar vinculado a un sindicato y por ende la estabilidad del demandante se vio siempre desprotegida, vulnerándose estos derechos fundamentales, que no se indicó la forma clara y precisa por la cual se daba por terminado su contrato, sino que sencillamente se le informa que se tiene que ir pero sin mayor descripción del motivo por el cual dio su lugar su despedida, que la ley bien claro establece cuales son los requisitos o las causales propias que se dan para poder dar por terminado un contrato de manera unilateral por parte de la entidad en la cual se debe especificar y señalar la razón por la cual se dio lugar a dicha decisión, que la ETB no demostró tampoco el motivo por el cual se despidió al demandante, considerando por lo tanto al no quedar demostrado que fue despedido de una manera justificada por parte de la empresa nos encontramos frente a un despido injusto y por ende solicita se tenga en cuenta todos los aspectos y las pruebas documentales obrantes, ya que no fue posible aportar prueba testimonial, manifestaciones que en términos generales coinciden con lo dicho como sustento del recurso

Pero como se dijo, revisados los medios de prueba allegados no se colige que el demandante hubiese sido objeto de hostigamiento laboral y mucho menos por la circunstancia de ser afiliado a la organización sindical, y respecto a que no se presente una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, tal aspecto no resulta cuestionable probatoriamente, ya que la demandada desde la contestación de la demanda afirmó, y se encuentra demostrado, que terminó el contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, pagando la indemnización convencional correspondiente.

Respecto, a lo expuesto de que las circunstancias que rodearon el primer despido con el examinado son las mismas, se advierte que si bien en la demanda se aludió a una persecución sindical, sobre el particular la juez en la sentencia

señaló (i) que revisada la prueba documental allegada no se evidenciaba, (ii) que el despido fue realizado por la entidad ocho años después de su vinculación, (iii) sin que se pueda inferir que luego del reintegro al que fue sujeto en el 2007 se presentara actos por parte de la entidad demandada mediante los cuales generara sistemática persecución y (iv) se refirió a lo expresado por el demandante en el interrogatorio de parte para afirmar que no tiene relación con su calidad de afiliado a la organización sindical.

En efecto revisado el acervo probatorio, no se puede colegir que las circunstancias que rodearon el primer despido, y el que se examina, sean las mismas. Si bien obra copia de la decisión de tutela proferida por el Juzgado Sesenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, de 29 de noviembre de 2007, en la que se ordenó el reintegro, se observa como supuestos facticos indicados por el juez de tutela que el demandante se vinculó a la demandada el 30 de junio de 1998, y que haciendo uso del derecho de asociación se afilió al sindicato SINTRATELEFONOS el 24 de agosto de 2007, la empresa lo despidió sin junta causa siendo este un indicio de persecución sindical puesto que este despido produce efectos en los demás trabajadores pues está despidiendo a quien se afilie, recientemente, al sindicato; que ante la reiterada conducta de la ETB de despido de trabajadores sindicalizados la Corte Constitución en sentencia T 764 de 22 de julio de 2005, amparó los derechos de los trabajadores y ordenó a la demandada el reintegro y además la previno para que en próximas oportunidades debía informar al sindicato el despido de un trabajador afiliado, que omitió al despedir al señor Fonseca Najjar, que no le comunicó al sindicato a pesar de que el día anterior al mismo, tuvieron reunión con las directivas de la entidad, aviso que también se encuentra establecido en la cláusula 13 de la Convención colectiva, también se indicó que el demandante era padre cabeza de familia puesto que era viudo y debía velar por el sostenimiento de sus hijos menores, que se disertó sobre la decisión adoptada por la corte constitucional y se citan pronunciamientos sobre el respeto a los derechos de los trabajadores sindicalizados; que se aportó prueba de la afiliación al sindicato, la carta de despido y de la sentencia T 764 de 2005, y la proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito; dentro de la actuación

procesal se consigna lo expresado por la demandada en la contestación; y en el capítulo de consideraciones de la tutela señaló el juez que previamente se deja sentado que el demandante otorgó poder al profesional de derecho para que instaurar la acción, la misma se presentó no solo en su nombre sino también lo hizo en el de la asociación sindical entidad que persigue con la tutela la protección del derecho de asociación establecido en el Art. 39 de la CP, y estima que se encuentra habilitado para incoar la acción, cita las sentencias T-566 de 1996, y a SU 342 de 1995. Señala que lo perseguido tanto por el actor como por la asociación sindical, básicamente son los derechos al debido proceso y de sindicalización. Se refiere a la subsidiariedad de la acción de tutela, a la protección al derecho de asociación, cita la SU 342 de 1995, el artículo 98 del Convenio 98 de la OIT, el protocolo de San Salvador, aprobado por la ley 319 de 1996, exequible mediante sentencia C-251 de 1997, su artículo 8. Luego expone el juez de tutela que por parte alguna del CST se encuentra acción idónea para la protección de la asociación sindical como tal cuando los empleadores ejercen conductas encaminadas a desquebrajar la asociación sindical la cual queda con un número menor al exigido por la ley para su existencia jurídica, atentando contra el derecho fundamental establecido en el Art. 39 CP, por lo que ante las circunstancias descritas la única vía idónea posible es la acción de tutela: expone que en lo que va corrido del año, se han instaurado 20 acciones de tutela en su contra por los mismo hechos, por lo que el señor FONSECA NAJAR no ha sido el único despedido sin justa causa, así se le haya indemnizado y sin que se haya comunicado previamente al sindicato de esa determinación, que el demandante llevaba más de 9 años en la empresa sin que tuviera inconveniente alguno y se termina su contrato de trabajo a los pocos meses de haberse afiliado al sindicato, por lo que le permitía recordarle que la Corte Constitucional en sentencia T 764 de 2005 claramente previno a la ETB para que informe al sindicato previamente cuando decidiera hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la ley le otorga, pasando por alto tal determinación, que la conducta de la demandada de pasar por alto la prevención de la Corte Constitucional y de la Convención colectiva permite pensar a los afiliados así como a aquellos que pretenden serlo que las garantías laborales ganadas por el sindicato simplemente

terminan en letra muerta y ese no es el mensaje que envían los tratados internacionales y la constitución y la ley, cuando se trata de la protección del derecho de asociación, por lo que se tutela el derecho al debido proceso y de asociación del señor Fonseca Najar y de Sintrateléfonos (PDF05 AnexosDemanda folios 21 a 31).

Así presentado el asunto, el despido que se examina en el presente proceso ordinario se advierte a diferencia del anterior que la terminación no ocurrió a los pocos meses de haberse afiliado a la organización sindical, pues se realizó el 6 de noviembre de 2015 y fue afiliado al sindicato desde el año 2007, (PDF 11AnexoDeLaContstación carta de despido folio 1), ni tampoco se evidencia que se hubiese presentado simultáneamente con otros trabajadores sindicalizados, ni que el mismo hubiese tenido un impacto negativo en los demás trabajadores.

Y respecto al quebranto de lo dispuesto en la sentencia de T 764 de 2005 en el sentido de avisar a la organización sindical previamente a la terminación del contrato de trabajo, debe señalarse que la Corte Constitucional, posteriormente en sentencia T 660 de 2010, sobre tal orden estimó.

*“Por otra parte, en la referida sentencia (T-764 de 2005), se previno a la ETB para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, procediera a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo. En relación con este aspecto, encuentra la Sala que la orden dada en esa oportunidad por la Corte Constitucional atendió a unas circunstancias particulares por el desconocimiento del derecho de asociación sindical que protegió.*

*En cambio, según se ha expuesto la situación que hoy precede muestra nuevos elementos de juicio que llevan a una determinación diferente como lo es la improcedencia de la acción. Entonces, los asuntos concernientes al incumplimiento de la sentencia de revisión deben ser ventilados ante el juez de cumplimiento<sup>[21]</sup>.*

De donde se infiere que la orden dada en ese momento obedeció a las circunstancias particulares que rodearon esa tutela que la misma Corte Constitucional en la sentencia en el punto 7.5.1, y el punto siguiente considero que las circunstancias no eran las mismas de la tutela del año 2005 a la del 2010, expresamente señaló en los dos numerales mencionados:

*“7.5.1. Finalmente, como SINTRATELEFONOS alegó la aplicación de la sentencia T-764 de 2005 en este caso en particular, procede la Sala a exponer los argumentos por los cuales las condiciones señaladas en aquella oportunidad no se ajustan a este caso.*

*A efectos de poner en contexto la argumentación expuesta por la organización sindical, es conveniente exponer brevemente la situación fáctica que rodeó el anterior pronunciamiento.*

*Así, tenemos que entre el 20 de junio y el 13 de agosto de 2003, la ETB dio terminados, sin justa causa y con el reconocimiento de la correspondiente indemnización convencional, el contrato de trabajo de 35 trabajadores de la empresa pertenecientes al sindicato.*

*SINTRATELEFONOS interpuso acción de tutela, al considerar que los despidos se habían dado a consecuencia de las distintas protestas en contra de un programa de capitalización de la ETB -que consideraban constituía una privatización de la empresa- y aquellas adelantadas en solidaridad con los trabajadores de TELECOM frente a la decisión del gobierno nacional de suprimir y liquidar esa empresa y crear la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.*

*En aquella oportunidad, encontró la Corte que los despidos se produjeron en una época de agitación sindical y de tensión en las relaciones empresa - sindicato afectaron a trabajadores sindicalizados que habían participado en distintas actividades sindicales, lo que a la postre generó una duda razonable en torno al carácter antisindical de la conducta del empleador y a la afectación que de la misma se derivaría para la organización de los trabajadores. Situación que conllevó a la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la ETB entrar a demostrar que la terminación de los contratos de trabajo no obedeció a una persecución sindical.*

*En ese caso se estableció que la empresa no expuso de manera coherente los argumentos por los cuales daba por terminados los contratos laborales, afectando gravemente el derecho de asociación sindical pues se excusó en una facultad legal, para adelantar una conducta retaliatoria e intimidatoria.*

*7.5.2. Ahora bien, frente al caso que actualmente corresponde estudiar a la Corte, se encuentra que las situaciones de hecho son diferentes, toda vez que no existe una duda razonable que permita inferir que la ETB actuó en contra de los derechos sindicales, pues, como se dijo, se firmó un acuerdo convencional con el sindicato, donde se reconocieron una serie de prerrogativas a favor del mismo. Entonces, en este caso no se despierta una mínima duda de actos retaliatorios o de menoscabo a la libertad sindical, que afecten a sus miembros y el sindicato mismo.*

Y en el asunto bajo examen, con relación a la terminación del contrato de trabajo del demandante, no existe circunstancia alguna que lo puede relacionar con una retaliación o persecución sindical, que conlleve a la afectación del derecho de asociación, pues no existe medio de prueba alguno que permita por lo menos indiciariamente suponer tal evento. Ni tampoco se acreditó que el despido del demandante se produjo en época de agitación sindical o de tensión en las relaciones de la empresa con la organización sindical, o que el demandante

hubiese realizada algún acto de actividad sindical frente a la demandada o tuviese la representación del mismo. Por lo anterior no puede concluirse que la demandada debía informar al sindicato sobre la terminación del contrato, pues es evidente que las circunstancias anotadas por la Corte Constitución que provocaron la orden impartida en la tutela T 764 de 2005, reseñadas en la tutela T 660 de 2010, no corresponden ni se identifican con las circunstancias que rodearon la terminación del contrato de trabajo del demandante en noviembre de 2015, pues se reitera que no aparece probado que el despido se hubiese efectuado simultáneamente con otros trabajadores, o se presentara una tensión laboral en la empresa, o el demandante hubiese ejercido alguna actividad sindical o tuviese su representación.

De la anterior manera quedan examinados los temas que el recurrente planteo en el momento de interponer el recurso, por lo que la Sala como se dijo al comienzo de la providencia, no puede examinar aspectos diferentes, por las limitaciones de las normas señaladas. En consecuencia, necesariamente se impone la confirmación de la decisión recurrida, por lo expuesto anteriormente

Costas de esta instancia a cargo de la demandante por ser resuelto el recurso de manera desfavorable. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **EVER JAIME FONSECA NAJAR** contra **E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** de esta instancia a cargo parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

**LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,**



**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Magistrado



**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado



**LEYDY MARCELA SIERRA MORA**  
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS  
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Proceso: Ordinario  
Radicación No. 11001-31-05-023-2020-00297-01  
Demandante: **YERINA EUGENIA FIGUEROA BENJUMEA**  
Demandado: **MECANICOS ASOCIADOS SAS**

En Bogotá D.C. a los **18 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES.**

**YERINA EUGENIA FIGUEROA BENJUMEA** demandó a **MECÁNICOS ASOCIADOS SAS**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se efectúen varias declaraciones y se condene de manera principal al reintegro inmediato y permanente, al cargo que venía desempeñando o uno de mejor jerarquía; a pagar los salarios dejados de percibir desde el momento en que se dio por terminado el contrato de trabajo hasta el momento en que efectivamente sea reintegrada de manera permanente sin solución de continuidad; el pago de cotizaciones a seguridad social, en salud, pensión y riesgos profesionales, indemnización de 180 días de salario por despido en razón a su estado de salud, indexación, ultra y extra petita, y costas.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el 24 de enero de 2007, ingresó a laborar, para desempeñar el cargo de ingeniera de calidad, mediante contrato de trabajo a término fijo, en el municipio de Albania, Guajira; mediante otro si el 16 de junio de 2011, se cambió modalidad a contrato por obra o labor determinada; recibía la suma de \$2.603.647; el 14 de enero de 2015 fue diagnosticada con hepatitis autoinmune, enfermedad huérfana en la cual el sistema inmunológico ataca al hígado. *“Dado el complejo diagnóstico es una hepatopatía crónica que requiere control y medicación indefinida, ubicada dentro del código K754 de la resolución 5265 del 27 de noviembre de 2018 emanada del Ministerio de Salud y Protección social”*; el 22 de junio de 2017 radicó ante su empleador todos los documentos de su historia clínica que demostraban el diagnóstico clínico; como consecuencia del diagnóstico el 17 de julio de ese año, la demandada ordenó la reubicación laboral como gestora documental; desde entonces ha continuado de manera permanente e ininterrumpida su proceso médico, con controles, exámenes médicos, medicamentos e incluso ha sido necesario el otorgamiento de incapacidades médicas por parte de la EPS; no ha tenido ninguna mejora o recuperación pues se trata de patología que es manejable y controlable, pero que no tiene recuperación establecida; la demandada tenía pleno conocimiento de la situación de la salud, conociendo las patologías por más de cinco años atrás; tanto fue el conocimiento que realizaron seguimiento de su estado médico a través de los exámenes periódicos ocupacionales; posteriormente el 5 de noviembre de 2019, la demandada le termina unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo; que es madre cabeza de familia, tiene a su cargo un hijo menor de edad y a su madre, siendo su única fuente de ingresos el salario; en el mes de noviembre de 2019 presentó acción de tutela negada en primera instancia pese a haber demostrado el grave perjuicio generado en razón de su estado de salud, revocada por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Juan del Cesar de la Guajira, y amparo los derechos fundamentales, ordenando su reintegro inmediato con una provisionalidad de 4 meses. (PDF 02DemandaYAnexos).

La demanda fue repartida al **Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad judicial que, la admitió, ordenando la notificación de la

parte demandada en los términos allí indicados, el 19 de noviembre de 2020 (PDF 04AutoAdmiteDemanda).

La demandada, se opuso a las pretensiones, acepto alguno hechos, en su defensa sostuvo que entre las partes existieron varias vinculaciones; la demandante no es beneficiaria de los supuestos establecidos en la Ley 361 de 1997, la terminación no se dio en razón a su supuesto estado de salud, que para la fecha de terminación del contrato de trabajo la demandante no presentaba discapacidad, restricción o quebranto de la salud que le ubicara en un escenario de debilidad manifiesta, y la demandada no estaba obligada a solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo con la demandante; y cita la sentencia SL 1380 de 2018; que la condición médica invocada por la actora no le impedían trabajar, ni desempeñarse socialmente; propuesto las excepciones de fondo de cobro de lo debido por inexistencia de la causa y de la obligación, improcedencia del reintegro o indemnización, prescripción, compensación, buena fe, pago y la que denominó genérica.

## **II. DECISION DEL JUZGADO**

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 30 de junio de 2021, resolvió:

*“...PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad demandada MECANICOS ASOCIADOS SAS, de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante YERINA EUGENIA FIGUEROA BENJUMEA, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motive de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante.*

*TERCERO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada oportunamente, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA con el Superior. ...”.*

## **III. RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos:

*“(...) En este momento me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir*

*Conforme a los presupuestos de la parte motiva de la decisión que se acaba de proferir, es claro que la Corte Constitucional de tiempo atrás ha venido*

*desarrollando una tesis consistente efectivamente en la protección a la estabilidad laboral reforzada de aquellas personas que presenten una situación de salud que pueda llevar a ser objeto de discriminación por parte del empleador y en ese sentido llevar a la terminación de los contratos de trabajo*

*En la sentencia se ha expuesto que uno de los presupuestos que desarrolla la jurisprudencia para determinar si un trabajador goza o no de especial protección por estabilidad laboral reforzada se encamina al conocimiento que se tiene de un tratamiento médico especializado del cual es objeto del trabajador, en este caso conforme a la historia clínica que se allegó como prueba que se encuentra en el plenario y conforme a los hechos y pruebas desarrollados dentro de esta audiencia es claro que la señora Yerina es una persona que tiene una enfermedad autoinmune que afecta su parte hepática, que es una enfermedad huérfana, que es una enfermedad crónica, y que por ende es una enfermedad que requiere un tratamiento médico indefinido y que es una enfermedad que no es objeto de recuperación alguna, en este sentido se encuentra sometida a tratamientos por parte de médicos especialistas cumpliéndose de esta manera uno de los presupuestos constitucionales que se ha desarrollado por la corte constitucional*

*De otra parte, es claro cómo se planeó desde el escrito de la demanda y las pruebas que se allegaron, que la empresa empleadora conocía del estado de salud de mi representada y con base en ello en el año 2017 en julio de 2017, decide reubicarla reconociendo de esta manera su estabilidad laboral y generando la continuidad de su contrato de trabajo, pero reubicándola a un nuevo cargo que era el de Gestora documental.*

*Al momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es en el mes de noviembre del 2019, la empresa finaliza la relación de trabajo sin justa causa y de manera unilateral, en este sentido no acude a uno de los presupuestos que contempla la sentencia SL 1360 de 2018, el que dice que el empleador no se encuentra obligado a solicitar autorización del ministerio de trabajo cuando el argumento de la finalización es una causa objetiva, en este caso, se encuentra, como ya se dijo ausente de esa causa objetiva, y en ese sentido es evidente que previo del reconocimiento de la estabilidad y el fuero de salud, tenía la señora Yerina por parte de la empresa previo a ese reconocimiento era el deber del empleador acreditar el permiso del Ministerio del Trabajo para así dar por terminado el contrato una vez tomó la decisión de finalizarlo sin justa causa y de manera unilateral*

*En este sentido, se ha expuesto de manera amplia como el mismo señor juez lo expuso en la parte motiva, en la sentencia C-531 del año 2002 la sentencia SU 049 de 2017 que dice que los sujetos de especial protección realmente deben acreditar es un diagnóstico médico, que en este sentido amerite un tratamiento especializado, para que se cumpla de esta manera uno de los presupuestos que la misma jurisprudencia de la corte constitucional ha señalado.*

*Si bien el juez de instancia indica que al momento de la terminación del contrato de trabajo la señora YERLINA no tenía una limitación grave que le impidiera de alguna manera desarrollar su actividad laboral, lo cierto es que efectivamente la desarrollaba en condiciones normales por esa reubicación que el mismo empleador ya había realizado teniendo en cuenta su situación de salud, y hay que tener claro que era este un cargo para el cual no había sido contratada la señora Yerina sino que por el contrario era un cargo al que se tuvo que acudir no como se ha manifestado en estas diligencias, por la finalización del cargo dentro de la ejecución de los contratos que tenía el empleador con sus contratistas sino más bien por la situación que la señora demandante expuso en comunicado del 22 de*

*junio del año 2017, en este orden de ideas solicito se otorgue el recurso se conceda el recurso de apelación para ser sustentado de manera más amplia ante el Tribunal Superior ...”*

El Juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga*, el 29 de agosto de 2021 (PDF 01ActaDeReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de marzo de 2023 (PDF 07ActaReparto ídem).

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte demandante, presentó alegaciones en segunda instancia en los siguientes términos:

*“...En primera medida, solicito respetuosamente al Despacho se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.*

*La Ley 361 de 1997 consagra en su artículo 26 que en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

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

*En reiterativos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha enmarcado la protección especial a las personas que por su condición médica son considerados con algún tipo de discapacidad, lo anterior en razón a que, bajo los principios de respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la igualdad preceptuados en la Carta Política, es clara la especial protección constitucional en favor de aquellas personas que estén disminuidos de carácter físico, sensorial y/o psíquico. A ellos dice la Corte “Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista una autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de*

*una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato” 1 (1 Corte Constitucional Sentencia C-531 de 2000. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis) Por su parte, a Ley 1010 de 2006 dispone en su artículo 1° que tiene por objeto “definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.” En consecuencia, en su artículo 2° define discriminación laboral como “todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral”. Esta normativa establece medidas preventivas y correctivas del acoso y la discriminación laboral con el fin de proteger el derecho al trabajo en condiciones dignas, tal como lo establece el artículo 25 de la Constitución Política.*

*Respecto a ello, la Corte ha establecido que las condiciones de igualdad en el acceso de oportunidades en el ámbito laboral resultan una de las principales metas del Estado, pues el acceso, promoción, capacitación, determinación de la remuneración, despido, entre otros, son escenarios en los que se presentan obstáculos para alcanzar una igualdad material y evitar la discriminación en las relaciones laborales.<sup>2</sup> (2 Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2010, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto).*

*El artículo 13 de la Constitución Política ordena al Estado promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente cuando se trata de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, quienes merecen una especial protección “con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad”. La jurisprudencia también ha protegido a los trabajadores en situación de debilidad manifiesta en los casos en los que sus derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas pueden verse vulnerados, a causa de la discriminación por sus condiciones de salud. Como resultado, la Corte “ha enfatizado la importancia del trabajo en el proceso de integración social de los sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud, al erigirse como un instrumento a través del cual se garantiza el desarrollo del individuo, su productividad económica y el acceso a bienes y servicios indispensables para la subsistencia del trabajador y su núcleo familiar”*

*3 (3 Sentencia T-041 de 2019, MP José Fernando Reyes Cuartas. Esta Sentencia, a su vez, cita las sentencias T597 de 2017 T-597 de 2017, MP Cristina Pardo Schlesinger; T-440 de 2017, MP Diana Fajardo Rivera; T-928 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-531 de 2000, MP Álvaro Tafur Galvis).*

*La estabilidad laboral reforzada es un derecho que ha sido desarrollado de manera reiterativa por las altas Cortes dentro del sistema jurídico colombiano, jurisprudencialmente, se le ha otorgado una protección laboral reforzada a toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de sus afectaciones de salud, pese a que no cuenten con una pérdida de capacidad laboral calificada. En ese sentido, en virtud de los artículos 13, 47, 53 y 54 Superiores anteriormente citados, el principio de estabilidad laboral reforzada se cimienta en una serie de postulados que giran en torno al derecho de las personas en situación de debilidad manifiesta de acceder a un empleo en igualdad de condiciones y a no ser desvinculados hasta que no se configure una causal objetiva que justifique su despido.*

Por consiguiente, cuando se comprueba que un sujeto titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada fue despedido sin autorización de la Oficina de Trabajo, el juez debe reconocer:

*“(i) la ineficacia de la terminación o del despido laboral, (ir) el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir en el periodo en el cual estuvo injustamente separado del cargo, (mi) el reintegro en un cargo igual o mejor al que se encontraba desempeñando y en el que no sufra el riesgo de empeorar su condición de salud, (iba) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas que su nuevo cargo le impone, si hay lugar a ello; (v) y, para el caso específico de los trabajadores que están calificados como discapacitados, el derecho a recibir “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.*

Esta corporación a través de la Sentencia SU-049 de 2017 unificó la interpretación jurisprudencial que se ha consolidado alrededor del derecho a la estabilidad laboral reforzada. En primer lugar, acuñó el concepto de “estabilidad ocupacional reforzada”, el cual se refiere al derecho del que gozan los trabajadores en situación de debilidad manifiesta a permanecer en el empleo, con independencia del tipo de contrato al que estén vinculados o de la inexistencia de una relación de subordinación.

Finalmente, la Sentencia C-200 de 2019 enseña que el trabajo es un principio valor y derecho en la Constitución Política de 1991. En tal sentido señala: “el trabajo de los colombianos se menciona como uno de los objetivos de la Carta pues es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Por eso, desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional ha considerado que “cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad.

Dentro del proceso de la referencia, quedó plenamente demostrado que mi representada padece de una enfermedad autoinmune con diagnóstico huérfano, esta afectación es claro que perjudica todos los escenarios de mi representada, tan es así que contrario a lo manifestado por el A quo, sí afectó su capacidad para laborar.

Por otra parte, tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral cuando el empleador, como en el caso bajo examen, pretende aducir la expiración del plazo fijo pactado como causa objetiva de finalización del vínculo contractual, es menester que demuestre la extinción de las causas que le dieron origen al contrato, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria. Así lo expuso en la sentencia CSJ SL2586-2020, reiterada en la CSJ SL711- 2021:

Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra

*forma podría justificarse la no renovación del contrato. En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.*

*En consecuencia, la Corte adocina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora.*

*Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al Despacho se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda (PDF 06AlegatosDemandante Cuaderno segunda instancia).*

La parte demandada también presento alegatos, en el siguiente sentido:

*“A) Inexistencia de fuero de salud*

*Tal y como quedó demostrado en el debate probatorio adelantado, la demandante no acreditó la existencia de los requisitos para activar la protección del art. 26 de la Ley 361 de 1997, desarrollado principalmente en la sentencia SL1360-2018 de la Corte Suprema de Justicia, que determinó los principales derroteros jurisprudenciales a tener en cuenta.*

*Concretamente, la parte actora no demostró su estado de discapacidad, toda vez que no cualquier padecimiento o diagnóstico de salud puede otorgar la protección reclamada, como erradamente lo pretendió la demandante, destacando que como bien lo concluyó el juez de primera instancia, si bien no era necesaria una PCL, sí se requería una limitación notoria, relevante, evidente y perceptible.*

*En el caso bajo estudio, más allá del diagnóstico de la demandante, este no era una limitación para laborar con normalidad, siendo prueba de ello que la última incapacidad de la demandante fue de enero de 2015, destacando que la terminación de su contrato de trabajo fue en noviembre de 2019, es decir, durante más de 4 años, la demandante pudo laborar con total normalidad pese a su posible enfermedad, sin que haya recibido incapacidades continuas y recurrentes. Adicionalmente, la demandante siempre fue declarada apta para continuar laborando sin restricciones, tal y como se evidencia en los exámenes médicos ocupacionales realizados a la demandante.*

*Por otra parte, sobre el requisito de existencia de nexo causal entre el estado de salud y la terminación del contrato de trabajo, tampoco fue acreditado que el empleador hubiese culminado la relación laboral por ocasión o razón del diagnóstico médico del demandante, al punto que es claro que al menos de 2015 la demandante dio a conocer tal diagnóstico, y solo hasta noviembre de 2019, sin*

*que durante ese trascurso de tiempo la demandante tuviera incapacidades, fue que terminó el contrato de trabajo. Es decir, al haber transcurrido tanto tiempo, no se puede inferir que la decisión haya sido arbitraria, sino que, por el contrario, pese al diagnóstico médico, la demandante pudo laborar durante varios años sin que tuviera una limitación grave y relevante, siendo tratada de forma igualitaria por su empleador.*

*Debo precisar que contrario a lo indicado por la parte actora, para activar una presunción de trato discriminatorio, que en todo caso con la realidad fáctica del caso se desvirtúa, es necesario que la parte actora primero demuestre la existencia de una discapacidad, la cual no puede ser entendida únicamente con la existencia de un diagnóstico médico, pues este no fue un obstáculo para el normal desarrollo de las funciones laborales de la aquí demandante.*

*Finalmente, y para que no exista duda de que el fallo de primera instancia no contiene yerro alguno, se destaca que no existió una reubicación, sino que el cambio de cargo que tuvo la demandante fue consecuencia de la eliminación del cargo (razón por la que en su momento terminó el contrato de trabajo pero posteriormente se reintegró por una orden de tutela por su estado de embarazo), pero no por el estado de salud de la actora, al punto que como bien lo concluyó el a quo, debo insistir en que de haber existido un trato discriminatorio, la terminación del contrato hubiese sido concomitante al conocimiento del diagnóstico médico de la parte actora, sin que de ninguna manera haya sido así y por el contrario transcurrieron varios años.*

*Así las cosas, conforme al tenor literal del art. 26 de la Ley 361 de 1997 y su desarrollo jurisprudencial, como el determinado en sentencias SL1360-2018 y SL711-2021, la parte actora no acreditó la existencia de un estado de discapacidad, y mucho menos se demostró la existencia de un nexo causal entre su condición de salud y la decisión de terminar el contrato, debiendo ser confirmada la sentencia apelada.*

*En atención a lo indicado, respetuosamente solicito: 1. CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá. (PDF 05AlegatosDemandado, Cuaderno segunda instancia).*

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, con base en lo antes señalado y lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación, la controversia en esta instancia resulta de determinar, si quedo debidamente acreditado que, la demandante para el

momento de la terminación del contrato de trabajo era sujeto de estabilidad laboral reforzada; que conlleve al reintegro impetrado y demás pretensiones solicitadas.

Estimo el a quo que entre las partes existieron diferentes contratos de trabajo, con base en el examen de los documentos incorporados y certificación laboral expedida por demandada, así contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 24 de enero de 2007 al 23 de enero de 2008, contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 24 de enero 2008 al 27 de julio de 2008, contrato de trabajo a término fijo vigente 28 de julio de 2008 al 31 de enero de 2009, contrato de trabajo por duración u obra o labor contratada vigente 1 de febrero 2009 al 30 de septiembre de 2009, contrato de trabajo a término fijo de octubre de 2009 al 30 de junio de 2010, contrato de trabajo por termino de obra o labor contratada 1 de julio de 2010 al 2 de septiembre de 2014, contrato de trabajo por obra o labor contratada vigente entre el 3 de septiembre de 2014 al 5 de noviembre de 2019, y que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, aspectos sobre los cuales no se presenta inconformidad

Respecto al tema de la estabilidad laboral reforzada el Juez de primera instancia para absolver a la demandada después de hacer mención a lo indicado por la demandante y la demandada, aludió a la jurisprudencia de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los alcances dados por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, sentencia SU 0479 de 2017, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 572 de 24 de febrero de 2021, para señalar que siguiendo esos criterios, se tiene que con anterioridad a la terminación del vínculo laboral de la demandante que lo fue el 5 de noviembre de 2019, el empleador conocía que la demandante le habían diagnosticado una enfermedad hepatitis autoinmune, dado que así lo comunico la demandante mediante escrito de 22 de junio de 2017, al cual se adjuntó su historia clínica y certificado de especialistas, este último que da cuenta que la demandante tiene antecedentes de hepatitis autoinmune en seguimiento clínico desde el año 2015 que requiere control y medicación indefinida, igualmente la historia clínica permite establecer que la enfermedad referida ha sido tratada controlada con

algunos medicamentos y que se le otorgan dos incapacidades a la demandante por diagnóstico de síndrome (...) secundario y hepatitis autoinmune, la primera por el periodo comprendido 26 de diciembre de 2014 al 13 de enero de 2015, y la segunda 14 de enero 2015 por 15 días, adicionalmente en la presente audiencia se recepcionaron los testimonios de Dora Janneth Sánchez Rivera manifestó que es medica en salud ocupacional en el trabajo, que trabaja con la entidad hentil ren que da soporte médico laboral a la compañía de julio de 2019 a la fecha, pero que anteriormente ella trabajó directamente con una de las compañías que hacen partes de mecánicos asociados, que se denomina consorcio EPMA y en ese trabajo laboró de septiembre de 2016 a junio de 2019, que directamente la señora demandante no la conoce, pero como hacia parte del grupo medico de medicina laboral conoció su caso, que ella padecía de una alteración de la función hepática, la cual generó una incapacidad médica inicialmente, que se le diagnóstico hepatitis autoinmune, esta enfermedad no le impedía ejercer su labor teniendo en cuenta los resultados de aptitud realizados por profesionales en la materia, ella no tenía proceso de calificación de origen ni de PCL, no existen incapacidades diferentes a las del año 2015, y posteriormente su licencia de maternidad, concluye que había efectuado de manera normal su trabajo sin restricciones medicas que existiesen en su historia médica, también se recepcionó el testimonio de JUAN ROZO AQUIRRE, manifiesta que es ingeniero, que trabajó con la demandada desde agosto de 2005, que conoce a la demandante por ser trabajadora de la empresa, inicialmente la conoció en el contrato del año 2007, trabajo con él en el año 2007 y 2008 un contrato inicial posteriormente el vuelve a trabajar con ella hasta el año 2015, pero ya llega el como Gerente, que ella hacia parte del grupo de personal de un contrato que estaba a cargo de la gerencia que el ejercía, que respecto de la salud de la demandante no tiene gran conocimiento que no sabía de las novedades, que ella no tenía limitación para ejercer su trabajo que eventualmente la veía ejerciendo su trabajo de manera normal, y no había un soporte que tuviese una restricción dificultad para desarrollar su labor tampoco restricción medica que no conoce de incapacidades médicas de la demandante, que su vinculación termino por reestructuración de la operación por mal funcionamiento del contrato el cual termino con la finalización del contrato en la

cual ella estaba vinculada. que se reintegró en el cargo de gestora documental en ocasión de su estado de embarazo que era de alto riesgo, que su estado de embarazo fue que la llevo a esa reubicación temporal su trabajo lo desarrollaba de manera normal, pero que no existía una reubicación médica ordenada Respeto de estos testigos se presentó tacha de sospecha el despacho niega esa tacha de sospecha escucho a los testigos no observa ninguna intención de favorecer o perjudicar a alguna de las partes, simplemente están manifestado bajo juramento las situaciones que conocen.

De las pruebas analizadas anteriormente a pesar a que con anterioridad al despido la demandante presentaba hepatitis autoinmune eso no lo puede desconocer el despacho lo cierto del caso es que no se acredita que esa enfermedad le estableciera unas dolencias graves que le impidieran el desempeño de las funciones para la cual había sido contratada, es mas de los diferentes examen periódicos que realizó la demandada se estableció que la demandante era apta para continuar en su cargo además no se generaron incapacidades médicas temporales que le impidieran laborar por periodos extensos durante la vigencia del contrato ni en los últimos días antes de su desvinculación ni tampoco implico la adopción de medidas especiales en desarrollo de la actividad laboral o restricciones que comprometieran su productividad o desempeño o que la colocaran en una posición de inferioridad.

En este sentido cabe precisar que si bien en virtud de la comunicación que remitió la demandante a la entidad demandada informando sobre su estado de salud la demandada realizó reubicación a la demandante ello obedeció a la terminación del contrato que iba hacer efectivo una vez finalizara su periodo de gestación es decir el 17 de julio de 2017 y se decidió mantener el contrato vigente pero en razón a la eliminación del cargo de ingeniero de calidad ubicado en la mina del Cerrejón tal como y como lo señala igualmente en el interrogatorio de parte la representante legal de la demandada, en este sentido resultaba imposible mantenerla ejecutando dichas labores por lo que se establece de la comunicación de la terminación del contrato que se dirigió, a la demandante el 17 de julio de

2017, por lo anterior teniendo en cuenta que la afectación de la salud de la trabajadora no era grave en el desempeño, no estamos diciendo que no tuviese la patología, sino que no era grave en el desempeño de sus labores al momento del despido se concluye que no podría considerarse beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada que pregona ya que la misma no se configuró pues no se allegó prueba fehaciente que permitiera considerar probado el fundamento de la solicitud principal de reinstalación o reintegro en sus pretensiones consecuentes en este caso como lo era su deber de acuerdo con la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del CGP en el sentido de que era la demandante quien debía acreditar los supuesto de hecho base de sus pretensiones, las anteriores razones llevan absolver a la demandada, y más se tiene en cuenta que la empresa demandada conocía el estado desde el 2015 y no la no hubo despido sino hasta el 2019 lo que quiere decir de cuerdo al análisis de todas estas pruebas que la terminación no fue con ocasión a su estado de salud que es lo que se protege en la estabilidad laboral reforzada.

Frente a la condición de salud que alega la parte accionante y el amparo peticionado, recordemos que la Ley 361 de 1997, establece mecanismos de integración social de las personas con limitación y consagra en el artículo 26, la prohibición para despedir a un trabajador como consecuencia de sus limitaciones físicas; señalando que ninguna persona en condición de discapacidad puede ser despedida o su contrato terminado por razón de esa situación, salvo que medie autorización del Inspector del Trabajo, no obstante, si ello ocurriere sin dicha autorización administrativa, tiene derecho a que su contrato sea restablecido sin solución de continuidad y a que se le reconozcan todos los emolumentos laborales dejados de percibir, así como una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones contempladas en la ley, a que hubiere lugar.

Normatividad respecto del cual la Corte Constitucional, declaró su exequible condicionada, mediante sentencia C-531 de 2000, al considerar "*...bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial*

*protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato...”.*

Esta Corporación, sobre el alcance del mencionado artículo, ha considerado, en sus diferentes pronunciamientos, que la protección especial a la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud, no es exclusiva de quienes se encuentren calificados en su pérdida de capacidad laboral, sino también respecto de quienes se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, entendido éste como aquella situación grave, relevante o significativa que afecte la salud del trabajador y le dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores; atendiendo lo adoctrinó la Corte Constitucional, al indicar “...la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...” (Sentencia SU 049 de 2017).

Así mismo, para la acreditación de la situación, la jurisprudencia, considera que “...en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de limitación que pone al trabajador en una situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constate la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorables de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo...” (Sent. CSJ SL572-2021).

Por consiguiente, la simple existencia de una enfermedad o el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado, o en licencia por enfermedad, o con un quebranto de salud, no es suficiente para concluir que es titular de la protección reforzada; esa situación de debilidad manifiesta, debe quedar plenamente

evidenciada en el expediente, bien sea con la determinación del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral -dictamen correspondiente cuando haya sido realizado-, o con la demostración de la situación de discapacidad en un grado significativo o relevante, es decir que el estado de salud genere dificultades sustanciales en el trabajador para laborar en condiciones regulares, situación que debe ser debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguarda su estabilidad (Sent. CSJ SL11411-2017 y SL2797-2020).

De otro lado, la viabilidad de la protección reforzada requiere que el empleador conozca con certeza o deba conocer razonablemente, antes de la terminación del contrato, la situación de debilidad manifiesta o las limitaciones sustanciales del trabajador para desempeñar sus funciones.

En el asunto bajo examen debe anotarse que se encuentra acreditado, como lo señaló el juzgado, que la demandante informó a la sociedad demandada la existencia de la enfermedad de hepatitis autoinmune que padece mediante escrito de 22 de junio de 2017, al cual se adjuntó su historia clínica (PDF 02DemandaYAnexos folio 158).

Por lo anterior debe establecerse si la existencia de tal enfermedad es suficiente por sí misma para concluir que la demandante es merecedora de la protección especial establecida en la Ley 361 de 1997, pues hay que mirar la existencia y alcance de recomendaciones y si la demandante presenta una discapacidad o limitación relevante y sustancial.

Se allego al proceso la denominada historia clínica ocupacional, en la cual se observan diferentes evaluaciones practicadas a la demandante, como examen médico ocupacional periódico, concepto de aptitud, practicado en varias oportunidades, en donde se advierte que figura en la parte correspondiente a impresión diagnóstica que la demandante padece de HEPATITIS AUTOINMUNE, practicados en diferentes fecha, se observa uno de 19 de enero 2016, en donde se indica en el capítulo de antecedentes personales del periodo transcurrido entre

la fecha del último examen 09-14 y fecha actual del examen 19 01 2016, como patológicos “Hepatitis Autoinmune” (folio 94-101); otro de fecha 27 03 2015; otro de fecha 11 02 DE 20125, en donde se indica fecha de inicio de incapacidad 26 12 14 terminación 28 01 2015; formato de historia medico ocupacional de examen periódico 28 noviembre de 2013, en patológica se observa “hepatitis ...” (folio 119); de 27 de febrero de 2012 patológicos (folio 122); historia clínica evoluciones, 1 06 2019, hepatitis autoinmune, de fecha 12 10 2018, y de fechas 22 04 20 18, 20 10 2017, 01 07 2017, 17 96 2017 (folios 131-136), diagnóstico de embarazo 33.1 semanas, antecedes de hepatitis autoinmune, riesgo de bloqueo AV, 03 02 2017 (folio 137), evolución de perinatología, 05 12 2016 embarazo 24.4 semanas, antecedentes de hepatitis autoinmune, riesgo de bloqueo AV (folio 138), de fecha 17 11 2016, incapacidad medica intrahusatelvia 26 12 2014 a 3 01 2015 (folio 156); incapacidad medica 14 enero 2015 al 28 enero 2015, 15 días (folio 157), certificación 17 06 2017 de GASTROENTEROLOGO-HEPATOLOGO, donde se indica que la demandante con antecedentes de hepatitis autoinmune en seguimiento clínico desde 2015, es una hepatopatía crónica que requiere control y medicación indefinida. (folio 159) (PDF 02 DemandaYAnexos folio 75-169).

De los citados medios de prueba, analizados en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS), se considera que si bien la actora para el momento de la terminación del vínculo laboral, tenía diagnosticada hepatitis autoinmune, no se evidencia que tuviese expresamente impuesta recomendación o restricción alguna que le impidiera sustancialmente el desempeño del cargo, para la fecha de terminación del contrato, conceptos que solamente es posible deducirlos a partir de la situación particular que se logre demostrar dentro del proceso respectivo; criterio que ha sido expuesto por la Corte Constitucional que, en sentencia T-190 de 2012, manifestó que para el derecho a la estabilidad laboral “*basta que esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*”, pronunciamiento reiterado en sentencia T-368 de 2016, debiendo remarcar esta Sala la exigencia de que la situación de salud impida o dificulte **sustancialmente** el desempeño de su labor; y sustancial quiere decir lo

más importante de una cosa, con lo que se descarta que sea cualquier dolencia la que produzca ese estado.

Además, no se evidencia calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que es necesario para que opere la protección que el estado de salud debe ser de tal gravedad, que lo limite para la realización de su trabajo, y dicho padecimiento debe ser notorio, evidente y perceptible. En estos casos, corresponde al trabajador la carga probatoria de acreditar de manera fehaciente y sólida el estado que le da derecho a la protección laboral reforzada.

Se reitera que la demandante no contaba con calificación de la pérdida de la capacidad laboral, ni tampoco se evidencia que la enfermedad que padecía tenía tal magnitud que le impidiera desarrollar sus labores, ni *“se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores”* o que el *“estado de salud genere dificultades sustanciales en el trabajador para laborar en condiciones regulares, situación que debe ser debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguarda su estabilidad”*, *“siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constate la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuanta con concepto desfavorables de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”* como lo ha precisado la jurisprudencia de las altas cortes.

Si bien en el proceso se acreditó que la demandante tuvo incapacidades en el año 2014 y 2015, (26 de diciembre 2014 a 28 de enero de 2015), las mismas no son suficientes para colegir que al momento de la terminación del contrato de trabajo el 6 de noviembre 2019, tuviera un estado de debilidad manifiesta, pues transcurrió entre las mismas y la terminación un periodo superior a los cuatro años.

Tampoco obra constancia de restricciones o limitaciones impuestas, en los diferentes exámenes de salud ocupacional realizados, ni tampoco obra prueba de que la demandante se le hubiese reasignado o modificado sus funciones debido a orden o recomendación médica derivada de la enfermedad que padecía

Sobre el particular lo que se evidencia es que la demandada en comunicación de 17 de julio de 2017, expone que el 6 de agosto de 2016 le había notificado la terminación del contrato de trabajo al desaparecer el cargo que desempeñaba, pero al notificarle la demandante a la empresa su estado de gravidez se mantuvo vigente el contrato por fuero de maternidad durante el periodo de gestación y el tiempo correspondiente a la licencia de la maternidad, por lo que se hace efectivo a partir del 17 de julio de 2017, pero como el 22 de junio de 2017 se recibió documentación elevada de contenido médico, que está en proceso de verificación si la condición aducida es incompatible con el cargo que desempeña, por lo que se le mantendrá vigente el cargo hasta tanto se haga la respectiva verificación, que no obstante debido a la eliminación del cargo de INGENIERO DE CALIDAD, ubicado en la Mina el Cerrejón, es imposible fácticamente mantenerla ejecutando dichas labores, por lo tanto se inicia el proceso para su reubicación y una vez identificado cargo, y ubicación geográfica de acuerdo a su perfil y su condición médica se le informa que debe presentarse en la mina el Cerrejón al proyecto conocido como Multiusuarios buscando a Martin Alfonso Carvajal quien le hará entrega de las instrucciones y pasos a seguir para hacer efectiva la reubicación, que la empresa hará seguimiento periódico a su estado de salud, por lo que la agradecen remitir cualquier documento emitido por su médico tratante referente a la evolución de salud de manera oportuna, igualmente se le advierte que la vigencia del contrato está sujeta a la verificación de existir estado de debilidad manifiesta en respeto a la legislación nacional y se entenderá finaliza una vez se supera la situación sin requerir notificación previa por ser un hecho conocido por las partes.

Documento del cual se pudo colegir, como se ha puesto de presente, que la demandada tenía conocimiento de la enfermedad de la demandante en virtud de la comunicación enviada el 22 de junio de 2017, y que se le reubica por haber desaparecido el cargo, pero no se desprende que fuera reubicada por existir orden o disposición medica que lo dispusiera debido a su estado de salud, aunque se señale que la empresa le realizaría seguimiento periódico a su estado.

Igualmente, del dicho de los testigos tampoco se colige ese estado de discapacidad a la terminación del contrato para que opere la protección como lo ha señalado la jurisprudencia.

En efecto, DORA JAYANETH SANCHEZ RIVERA, quien dijo ser médico especialista en medicina del trabajo, si bien expuso que no conoce a la demandante de manera directa, sino por trabajar en el comité técnico laboral, tuvo conocimiento del caso de la demandante, indicó que ella padecía alteración de función hepática, que se confirmó la presencia de una hepatitis autoinmune, pero que a pesar de contar con ella generó conceptos médicos de aptitud ocupacional sin restricción, desde el 2016 a la finalización del contrato; no sabe que estuviera en proceso de calificación de origen ni de PCL, que la incapacidad fue en diciembre 2014 enero 2015 como incapacidad médica, que después tuvo la licencia por maternidad; y JUAN CARLOS ROZO AGUIRRE, quien dijo ser ingeniero mecánico, labora como ingeniero de distrito con la demandada, que comenzó desde el 2005 en diferentes cargos, que conoce a la demandante porque trabajó con él en principio en el mismo contrato que él comenzó a trabajar en el Cerrejón en el 2007, y después porque él regresó como gerente de la Zona Norte en el 2015; que la demandante hacía parte de un grupo de trabajo de uno de los contratos, del contrato de mantenimiento de equipo liviano en el Cerrejón; respecto de la salud, manifiesta que no sabía mucho que hacía parte de un equipo de trabajo que le reportaba a él un gerente que no le reportaba ella directo, que no conocía de novedades, que eventualmente la veía porque era su responsabilidad de siete contratos e iba a las diferentes áreas de trabajo, se la encontraba cuando iba a esa área, que siempre la vio normal sin ninguna dificultad, no tiene conocimiento de incapacidades médicas (PDF 14Grabación AudienciaArt77y80ConSentencia), a pesar de que la apoderada de la parte demandante tachó por sospecha el dicho de los testigos, sin embargo se advierte que son espontáneos y exponen la razón de ciencia de su dicho, por lo que sus exposiciones sirven para conformar el convencimiento del juez, y por lo tanto se corrobora que la demandante no evidenciaba restricciones o tuviese impedimento para el desarrollo de sus labores para la época de finalización del vínculo laboral.

No sobra señalar que también se recibió interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, sin embargo, de su dicho no se advierte de confesión alguna de conformidad con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 191 del CGP, pues no se indica hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o hubiese narrados hechos que la perjudiquen.

Así las cosas, no se desconoce que la actora padezca de una enfermedad, pero como se dijo, de los medios de prueba documental y declaración de terceros no se evidencia que la demandante tuviese alguna dificultad o restricción para desempeñar sus labores, o que le generara dificultades sustanciales para laborar en condiciones regulares, por lo anterior se puede concluir que la terminación del contrato de trabajo de la actora no fue discriminatoria, ya que no obedeció a la situación de enfermedad que padece.

En ese orden de cosas, quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada. En consecuencia, necesariamente se impone la confirmación de la decisión recurrida.

Costas de esta instancia a cargo de la demandante por ser resuelto el recurso de manera desfavorable. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario

promovido por YERINA EUGENIA FIGUEROA BENJUMEA contra MECANICOS ASOCIADOS SAS, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

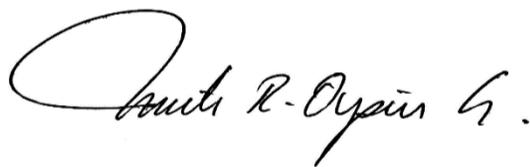
**SEGUNDO: COSTAS** de esta instancia a cargo parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

**LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,**



**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Magistrado



**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado



**LEYDY MARCELA SIERRA MORA**  
Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán**

**Expediente No. 11001 31 05 018 2019 00703 01**

Héctor Ángel Vargas Granados vs. C. I. Industrias Humcar S.A.S.

Bogotá D. C., veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

**Sentencia**

**Antecedentes**

**1. Demanda.** Héctor Ángel Vargas Granados, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Industrias Humcar S.A.S., con el fin de que se declare que fue despedido ilegalmente y sin justa causa, mientras se encontraba en estado de debilidad manifiesta y de prepensionado, en consecuencia, pide que se condene al reintegro al mismo cargo que desempeñaba al momento del retiro, o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, incluidas las cotizaciones a seguridad social en pensiones, la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización por el daño moral, lo *ultra y extra petita*, y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que celebró un contrato de trabajo con la entidad demandada, en virtud del cual prestó sus servicios personales desde el 11 de abril de 1996, a cambio de un salario mensual de \$1.200.000, hasta el 11 de enero de 2017 cuando fue despedido en forma unilateral



y sin justa causa, con el reconocimiento de una indemnización por despido equivalente a la suma de \$17.244.000.000, tal como aparece en la liquidación.

Adujo que en el año 2013 inició un proceso por medicina laboral por las patologías de 'BURSITIS DE HOMBRO DERECHO, EPICONDOLITIS LATERAL DERECHA, SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO DERECHO', calificadas como de origen laboral por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 7 de marzo de 2019, por lo que desde entonces tuvo varias incapacidades otorgadas por su EPS, sin dejar de lado que el 18 de enero de 2017 obtuvo el certificado de aptitud laboral donde consta la realización del examen de egreso y se evidencian las recomendaciones específicas "para paciente con sintomatología de tipo osteomuscular en hombro derecho" y de continuar con los controles estrictos de ortopedia, terapia física y psiquiatría.

Señaló que está afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones, cuenta con 1.555,14 semanas cotizadas, motivo por el cual su despido es ineficaz, al faltarle todavía 3 años para cumplir la edad pensional.

Agregó que después del despido injusto no ha podido conseguir trabajo debido a su edad y a sus enfermedades laborales, quedando completamente desprotegido del sistema de salud, lo que conllevó a que su tratamiento médico se interrumpiera, por lo que su hijo tuvo que afiliarlo como beneficiario para continuarlo, desmejorándose sus condiciones de vida "por cuanto se fracturó el derecho al trabajo, al debido proceso, a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital, a la seguridad social, a la protección de personas en condiciones de debilidad manifiesta y condición de prepensionado" y la falta del empleo le generó angustia y desespero "ocasionando un daño moral irreversible".

**2. Contestación de la demanda.** La entidad demandada aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, pero aclaró que su inicio no fue en abril, sino el 11 de marzo de 1996. Del salario, precisó que la suma de \$1.200.000 correspondió al último monto devengado, tal como quedó consignado en la liquidación de acreencias laborales. Negó haber tenido conocimiento de alguna enfermedad grave que tuviera el demandante que le impidiera desempeñar sus funciones como 'operario de máquinas', aunque más adelante refirió que, "pese a que existieron recomendaciones a nombre del demandante, las cuales señalaban que debía realizara (sic) actividades que no implicaran posturas sostenidas sin apoyo, que no implicaran exposición a vibración para miembro superior derecho, que no implicaran movimientos repetitivos para hombro y codo derecho, entre otras, en ningún momento esta situación médica y recomendaciones generaron para el ex colaborador algún tipo de limitación a la hora de ejercer funciones", es decir, que sus



actividades las ejercía sin ningún tipo de inconveniente. De las incapacidades dijo que las últimas otorgadas fueron por 2 días, del 22 al 23 de noviembre de 2016 y el 28 de diciembre de ese año, por el diagnóstico “gastritis no especificada”. Expuso que, en todo caso, al demandante se le reconoció una indemnización por despido injustificado equivalente a la suma de \$18.935.489. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y solicitó declarar probado cualquier otro hecho.

3. Por auto proferido el 7 de septiembre de 2021, el juzgado tuvo a **Gloria Belén Herrera Caicedo**, en su calidad de compañera permanente, y a **Henry Mauricio Vargas Herrera y Héctor Fernando Vargas Herrera**, en su condición de hijos, como sucesores procesales del demandante, a raíz de su deceso ocurrido el 5 de mayo de 2021.

#### 4. Sentencia de primera instancia.

La Jueza 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, declaró que entre el demandante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el 11 de marzo de 1996 hasta el 11 de enero de 2017, en virtud del cual desempeñó el cargo de ‘operario mecanizado’, pero absolvió de las restantes pretensiones e impuso costas.

5. **Recurso de apelación parte demandante.** Inconforme con la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación, y lo sustentó de la siguiente manera: *“(...) teniendo en cuenta lo argumentado por el despacho no estamos de acuerdo, no es dable con que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso se pudo establecer que el momento en que surge la enfermedad de origen laboral del señor Héctor Fernando es el año 2013 y esto se puede corroborar precisamente en los informes presentados por la EPS Famisanar y por la Junta Regional de Calificación. Allí como se puede observar se establece que el momento en que se hace evidente la enfermedad del señor Héctor es en el año 2013. (...) No se tuvo en cuenta tampoco fue la historia clínica aportada en donde los múltiples eventos que allí aparecen, se observa que precisamente en el año 2013 donde aparece la patología surgida y posterior a ello inician las incapacidades. Que si bien **es cierto no fueron prolongadas, y no fueron consecutivas**, sí se evidencia que efectivamente la enfermedad estaba ahí y que era una enfermedad que, de conformidad con los exámenes clínicos realizados en 2014 y posteriormente en 2017 se pudo lograr establecer que fue degenerativa ¿Por qué? porque precisamente hubo una ruptura de alrededor de 2 mm y 6 mm con el paso del tiempo y con el paso de las funciones que el señor Héctor debía desempeñar en su cargo. También hay que tener en cuenta que si bien es cierto que las recomendaciones dadas por la EPS no tienen una fecha, se pudo establecer también por medio de la declaración de la representante legal y de la testigo que fueron aportadas y que ellos mismos manifestaron que sí existía esa recomendación laboral. También*



se puede observar en el informe de la ARL-EPS y de la Junta Regional que esas recomendaciones no fueron acatadas en forma total, sino que fueron acatadas en forma parcial. Forma parcial, algo que ocasionó precisamente que esa enfermedad del señor Héctor siguiera avanzando. Si bien es cierto le permitía durante el tiempo, **mientras estuvo laborando, le permitía cumplir con sus obligaciones**, esto no significa que la enfermedad no siguiera avanzando a tal punto precisamente como lo estableció en el examen médico de 2017 que la enfermedad ya estaba más avanzada. Prueba de ello, pues, la lesión surgida con posterioridad al examen de 2014. También hay que tener en cuenta y es necesario tener en cuenta la historia clínica donde se observa precisamente no solo las incapacidades medicas sino los tratamientos a los que fue sometido el señor Héctor Vargas, exámenes que precisamente determinaron que debía seguir unas recomendaciones de manejo, de tratamiento, por medio de las cuales debía realizar un manejo, a pesar de que eran referentes al **descanso y a las posturas**, también evidenciaba que las funciones que él estaba desempeñando en la máquina (...) eran fuente y causa precisamente de esa enfermedad. Hay que tener en cuenta que el señor Héctor llevaba trabajando 20 años, 10 meses, quiere decir que para el momento de la estructuración de la enfermedad tenía 15 años de estar laborando, 15 años, tiempo suficiente para que esta enfermedad surgiera y que con posterioridad se fuera tornando más agresiva. También es importante tener en cuenta que el demandado de manera consciente no presenta las pruebas que determinaría lo que ellos manifestaron, únicamente presentan contrato de trabajo y presentan los desprendibles de nómina. Digamos que el juzgado únicamente se limitó a establecer y a dar los hechos a tener los hechos no probados, únicamente con la declaración del representante legal y de la testigo, a pesar de que ellos manifestaron de la existencia precisamente de unas recomendaciones laborales y a pesar de que decían, se contradecían frente a estas recomendaciones laborales también manifestaban de forma contraria que las incapacidades, en primera instancia, según el representante legal manifestaba que las incapacidades no se podía determinar de qué origen, o cuál era la causal que ocasionaba esta incapacidad, pero más adelante sí manifiesta que las incapacidades o al menos de las últimas que tuvo eran con una enfermedad denominada como gastritis. También es importante señalar que pues la profesional de la salud y presentada como testigo en el presente proceso, manifiesta que ella tenía conocimiento y que en varias oportunidades el demandado le manifestó que efectivamente sufría de un dolor en el brazo y ella misma manifiesta también que las recomendaciones iban encaminadas a un apoyo el cual hacía referencia al levantamiento y al levantamiento de cargas, precisamente una de las funciones que desempeñaba en sus labores cotidianas. También es importante traer a colación como lo manifesté en los alegatos de conclusión es importante tener en cuenta que esta es una enfermedad que es progresiva, que a partir del momento en que se da su origen, empieza a progresar, precisamente por las condiciones laborales y las funciones y movimientos que debía ejercer diariamente, estas se iban degenerando, la enfermedad que más adelante fue demostrada que era de origen laboral. Si bien es cierto el dictamen se da posterior al despido del señor Héctor es importante también tener en cuenta que no es necesario, no necesariamente una enfermedad que es de origen laboral se causa o se da origen de un día para otro. Eso sería ilógico y no sería concordante con la realidad. Es importante manifestar que la enfermedad se manifestó en primera oportunidad en 2013 y a partir de esta fecha fue que la Junta Regional tomó como origen, como determinante el año 2013. Al respecto de la sentencia SL572-2021 en donde se tiene en cuenta la Corte y hace un cambio jurisprudencia en este sentido y me voy a remitir a la norma (...) la voy a leer (...) Para el caso concreto, del señor Héctor, si bien es cierto la enfermedad inicia en el año 2013 y se va degenerando progresivamente a través del tiempo y teniendo en cuenta sus funciones, el primer dictamen de origen se da en el año 2017, es decir, que



*el inicio de esa calificación no se da en la fecha en que la EPS emite el concepto, ese origen, ese concepto se da con hechos y con fundamentos anteriores, es decir, con toda la trazabilidad de la enfermedad desde el año 2013, incapacidades, estudios clínicos, estudios ortopédicos, con esto es que se evidencia y se puede lograr determinar que efectivamente la enfermedad surge en 2013 y que a partir de ahí se inicia todo un proceso, un proceso que tiene ciertas etapas (...) ¿Cómo podemos demostrar esto? Historia clínicas, incapacidades médicas, recomendaciones laborales e, incluso, el empleador lo manifestó en su momento con la testigo en donde ella tenía conocimiento precisamente del estado de salud de don Héctor, las recomendaciones laborales y hacia dónde iban encaminadas, precisamente a evitar que esa enfermedad siguiera agravándose. Esta limitación se puede percibir de una persona siempre que sea notorio, evidente y perceptible. ¿Cómo demostramos esto? Precisamente la testigo manifestó que ella sabía, tenía conocimiento porque lo conocía y lo veía constante, según palabra de ella, es decir que ella conocía el estado de la persona y ella trabajaba precisamente para el empleador. Que sea evidente y perceptible, él se quejaba ante la profesional de salud de la empresa sobre sus dolores y cómo trataban de evitar esos dolores, con las pausas activas que estaban inmersas en las recomendaciones laborales. Habían incapacidades que si bien no eran varias, sí eran múltiples incapacidades que están inmersas en la historia clínica. Esto se puede denotar en los estudios clínicos especializados, en las resonancia donde se evidencia la ruptura del sacro y de bursitis del 10/10 y 11/11 mm y posteriormente aumentaron. Limitaciones que estaban inmersas en la recomendación laboral y que la misma testigo manifestó que iban encaminadas precisamente a evitar un daño o que el daño surgiera. Cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia. Desafortunadamente para este caso la calificación surgió para el año 2020 después de que se acotaron todas las etapas para poder llegar precisamente a determinar el origen y determinar el grado de discapacidad de la persona. Ahora, demostrado la limitación para trabajar y la situación de discapacidad en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para realizar despidos (...) sin que se le sea exige la prueba de la razón real del despido por resultar desproporcionada. Es decir, como manifiesto, y como manifestó acertadamente la CSJ y en donde cambia la línea jurisprudencial es evidente que no existe la necesidad de una calificación para demostrar que efectivamente el trabajador está en situación de debilidad manifiesta, más aún cuando las incapacidades estudios clínicos, historia clínica e incluso los mismos empleadores tenían conocimiento de la enfermedad del señor Héctor y que al momento del despido aún padecía. No había desaparecido en el tiempo. También hago referencia al artículo 25 de la Constitución donde se consagra que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas y el artículo 1 señala que Colombia es un Estado de Derecho cuyo principio rector es el respeto de la dignidad humano, postulados que comportan necesariamente que al nivel de las relaciones laborales estarían totalmente proscritos los tratos injustos, inequitativos, discriminatorios y denigrantes. Qué otra forma de demostrar que existió un daño cuando Héctor tenía 59 años al momento del despido, tenía una enfermedad que le impedía incumplir funciones y que estaba inmersa en su historia clínica. Le iba a ser imposible poder contar o volver a conseguir un trabajo que le permitiera subsistir o tan siquiera sostener su núcleo familiar, esto es, a su esposo y a él mismo. Es evidente el daño ocasionado por parte del empleador que, al momento del despido injusto que, por cierto, ellos mismos lo manifiestan y que se dio estando Héctor en una condición de discapacidad, de debilidad manifiesta a causa de la enfermedad, la cual se originó dentro de la empresa, cumpliendo sus funciones, y adicional con todo el material probatorio, los mismos testigos e interrogatorio de parte demostraron que efectivamente que ellos conocían, tenían conocimiento de la enfermedad. Que intentaron ocultar la verdad con otras*



*aseveraciones, pero pues esto quedó demostrado que no fue así. Ellos tenían pleno conocimiento sobre la enfermedad al momento del despido y con esto termino el recurso”.*

**6. Alegatos de conclusión.** Dentro del término concedido en segunda instancia, las partes intervinieron para alegar, en los siguientes términos:

**6.1. De la parte demandante.** Reiteró que el accionante laboró para la entidad demandada por más de 20 años y 10 meses, tiempo durante el cual no existieron llamados de atención verbales o escritos en el ejercicio del cargo de ‘troquelador’ en la máquina troquel y que fue despedido por circunstancias económicas y sin justa causa, a pesar de sus enfermedades degenerativas de ‘síndrome del manguito rotador, bursitis de hombro y epicondilitis lateral’, de origen laboral, por lo que debe ser emitida una sentencia favorable, sin que el hecho de su fallecimiento extinga sus derechos laborales, toda vez que conservó su estado de debilidad manifiesta hasta el día de su deceso *“tanto así que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral se dio a finales de 2020”.*

**6.2. De la parte demandada.** Preciso que como el apelante no hizo alusión a la calidad de prepensionado del trabajador fallecido no es dable al Tribunal pronunciarse sobre tal aspecto; recabó que, en todo caso, el contrato de trabajo culminó por una causa legal y objetiva acorde con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sin que estuviera relacionado con el estado de salud, del que, dicho sea de paso, insistió en que no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para otorgarle una protección, al no tratarse de un estado con calificación superior al 15% de pérdida de capacidad laboral.

**7. Problema (s) jurídico (s) a resolver.** De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala si la jueza a quo desacertó cuando descartó la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud del extrabajador fallecido.

**8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s):** De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**.

**9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:** Art. 26 L. 361 de 1997 y 61 CPTSS; CC C-531-2000; CC C-458-2015; CC SU087-2022; CSJ SL11411-2017; CSJ SL2797-2020; CSJ SL572-2021.



### Consideraciones.

En esta instancia no está en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia desde el **11 de marzo de 1996** hasta el **11 de enero de 2017**, en virtud del cual el extrabajador (hoy fallecido) prestó sus servicios como 'operario de mecanizado', a cambio de un último salario equivalente a **\$1.200.000**. De igual manera que el despido fue sin justa causa con el reconocimiento de una suma de dinero por concepto de indemnización.

A continuación, por cuestiones de método esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados en el siguiente orden:

#### **¿Desacertó la jueza a quo cuando descartó la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud del extrabajador fallecido Héctor Ángel Vargas Granados?**

Para establecer si el demandante, hoy causante, era sujeto de la protección a la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece:

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

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

Este precepto legal fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-531 de 2000**, en los siguientes términos:

"...bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts.



2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), **carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato...**”.

De igual manera, con la sentencia **C-458 de 2015**, la Corte Constitucional ordenó sustituir las expresiones “*limitación*” y “*limitada*” por la de “*discapacidad*”, a fin de evitar el estigma y la descalificación, y ajustar así el lenguaje inclusivo.

En cuanto al alcance interpretativo del artículo en cita, esta Sala, en innumerables pronunciamientos, ha considerado que la protección especial a la estabilidad laboral reforzada **no** es exclusiva de quienes estén calificados en su pérdida de capacidad laboral, sino también respecto de aquellos que se encuentren en un *estado de debilidad manifiesta*, entendido éste como aquella situación grave, relevante o significativa que afecte la salud del trabajador y le dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores o, en palabras más exactas, con limitaciones físicas, sensoriales o sicológicas de acuerdo con su capacidad laboral. De hecho, ha acompañado y reproducido las reglas jurisprudenciales vertidas por la Corte Constitucional en la sentencia **SU087-2022**, que consisten en lo siguiente:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
<p>Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido.</li> <li>2. Existe incapacidad médica de varios días, vigente al momento de la terminación de la relación laboral.</li> <li>3. Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico.</li> <li>4. Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.</li> </ol>



<p>Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significadamente el normal desempeño laboral</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Estrés laboral que genere quebrantos de salud física y mental.</li> <li>2. Al momento de la terminación de la relación laboral, debe haber tratamiento médico y se presenten diferentes incapacidades y recomendaciones laborales.</li> <li>3. Bajo rendimiento por condición de salud.</li> <li>4. Haya calificación de pérdida de capacidad laboral.</li> </ol>
<p>Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. No se demuestra la relación entre el despido y las afectaciones en salud.</li> <li>2. La PCL es de 0%.</li> <li>3. No se presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en estricto sentido.</li> </ol>

Esta Corporación también ha advertido que la sola o simple mengua de salud, o el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado, o en licencia por enfermedad, o en terapias ocupacionales, en ocasiones, no es suficiente para concluir que es titular de la protección laboral reforzada; esa situación de **debilidad manifiesta**, que sustancialmente dificulte al trabajador cumplir sus labores en condiciones normales, debe quedar plenamente evidenciada en el expediente, bien sea con la determinación del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral -dictamen correspondiente cuando haya sido realizado-, o con la demostración de la situación de discapacidad en un grado significativo o relevante; es decir que el estado de salud genere graves dificultades sustanciales en el trabajador para laborar en condiciones regulares, situación que debe ser debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías de rigor (CSJ SL11411-2017 y SL2797-2020). Del mismo modo, ha recalcado que la sola emisión de recomendaciones laborales es suficiente, por sí mismas, para derivar en este estado, en razón a que hay que mirar con bastante cuidado cuál es su alcance, su vigencia, su frecuencia y de ellas se desprende una discapacidad relevante o significativa, teniendo en cuenta, se insiste, que no es cualquier dificultad la que genera la protección, sino aquellas desmejoras sustanciales que afectan ostensiblemente el desempeño laboral del sujeto, cuya existencia debe ser concomitante a la terminación del contrato de trabajo, sin que sea relevantes o pertinentes aquellas patologías que se registren con posterioridad.



Lo anterior sin desconocer, por supuesto, que la jurisprudencia laboral ha admitido que, si bien el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral es la prueba idónea para acreditar una situación de discapacidad, lo cierto es que, por excepción, ha sostenido que *“...en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de limitación que pone al trabajador en una situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constate la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuanta con concepto desfavorables de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo...”* (CSJ SL572-2021).

Con ese derrotero, el Tribunal ha complementado que cada caso debe ser analizado de manera particular y con base en los elementos de prueba que aparezcan en el expediente e, incluso que *“hay que cerrar el paso, en lo posible, a un exagerado subjetivismo judicial, y por ello se ha considerado que la determinación de si un trabajador se encuentra en la referida situación debe basarse fundamentalmente en criterios objetivos y constatables, definidos, en lo posible, por personal especializado en la materia. Uno de esos ingredientes es el quantum de la pérdida de capacidad laboral, cuando se haya realizado, pero si no existe hay que decidir tomando en cuenta los elementos relevantes de la enfermedad o los padecimientos y su incidencia en la labor desempeñada y en el propio discurrir existencial del enfermo, teniendo como marco de referencia, en todo caso, los dictámenes y opiniones de los profesionales en el campo respectivo”* (sentencia 29 sep. 2022, rad. 25899 31 05 002 2019 00166 03, M. P. Eduin De la Rosa Quessep).

Precisado lo anterior y descendiendo al caso que nos ocupa, se analizarán las pruebas allegadas al expediente, con sujeción a la fecha de desvinculación del extrabajador el **11 de enero de 2017**, para establecer primero el quebranto de salud y posteriormente la dificultad sustancial en el desempeño de las labores por parte del demandante.

## **1. Del quebranto de salud del extrabajador.**

La metodología que abarcará este segmento se dividirá en dos escenarios, uno que corresponde a las pruebas relacionadas con el estado de salud del extrabajador antes del despido, y otro que corresponde a aquellas generadas con posterioridad a ello.

### **a. Pruebas relacionadas con el estado de salud antes del despido.**



- Examen médico de radiología practicado el **18 de febrero de 2014** donde se plasmó como conclusión lo siguiente: *“cambios artrósicos acromioclaviculares. Ascenso de la cabeza humeral disminuyendo parcialmente el espacio subracromial, puede producir pinzamiento. Ruptura completa anterior y distal del supraespinoso de 10 x 10 mms. Bursitis subacromio-subdeltoidea y mayor subcoracoidea”* (p. 11, archivo04). En palabras sencillas, el quebranto de salud consiste en una **lesión en la parte posterior del hombro**.
- Incapacidades médicas generales por **2 días** de duración del 26 al 27 de septiembre de **2014** (p. 12, archivo04), otros **2 días** más del 17 al 18 de diciembre de **2015** (p. 13, archivo04) y otros **2 días** más del 12 al 13 de mayo de **2016**, relevan los diagnósticos de “M751 SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO”, ‘B368 DOLOR MIEMBRO SUPERIOR DERECHO’ y ‘K297 GASTRITIS NO ESPECIFICADA’, respectivamente.

Incapacidades médicas		
Diagnóstico	Duración	Días
“M751 SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO”	<b>2 días</b>	Del 26 al 27 de septiembre de 2014
‘B368 DOLOR MIEMBRO SUPERIOR DERECHO’	<b>2 días</b>	Del 17 al 18 de diciembre de 2015
‘K297 GASTRITIS NO ESPECIFICADA’	<b>2 días</b>	Del 12 al 13 de mayo de 2016

- Contrario a lo esgrimido por el apelante, en la historia clínica no se relacionan más incapacidades. Luego, no es cierto, como lo cuestiona que *“habían incapacidades que si bien no eran varias, sí eran múltiples incapacidades que están inmersas en la historia clínica”*.
- En el examen de egreso practicado el **18 de enero de 2017** quedó consignado lo siguiente: **“PACIENTE CON SINTOMATOLOGÍA DE TIPO OSTEMUSCULAR EN HOMBRO DERECHO, DEBE CONTINUAR CONTROLES ESTRICTOS POR ORTOPEDIA, TERAPIA FÍSICA Y/O FISIATRÍA, USO DE MEDIAS ANTIVARICES DE BAJA COMPRESIÓN, HÁBITOS DE VIDA SALUDABLE, CONTROL POR OPTOMETRÍA ANUAL”** (p. 17, archivo04).

***b. Pruebas relacionadas con el estado de salud después del despido.***

- Las recomendaciones laborales expedidas el **23 de marzo de 2017**, es decir, después de **2 meses de la desvinculación** del extrabajador, por parte de la especialidad medicina física – rehabilitación y fisioterapia, refieren lo siguiente: **“EL PACIENTE CON SÍNDROME DEL MANGUITO ROTADOR DERECHO, BURSITIS DE HOMBRO DERECHO, EPICONDILITIS LATERAL DERECHA”** (p. 26, archivo04).



- El informe de imágenes diagnósticas del **8 de abril de 2017** muestra en la descripción *“CODO DERECHO. No hay evidencia de trazos de fractura, ni lesiones osteoperiósticas. Los espacios articulares observados están preservados. La densidad ósea es normal. Tejidos blandos sin alteraciones (...) ESTUDIO DENTRO DE LOS LÍMITES NORMALES”* (pp. 27-archivo04).
- Historia clínica del **26 de mayo de 2017** donde consta consulta por radiología, con conclusión de: *“cambios degenerativos acromioclaviculares con discreto edema de la médula ósea. AcromiÓN tipo II con leve inclinación lateral y pequeñas formaciones osteóctias inferiores que se proyectan al espacio subacromial. Ruptura completa anterior y distal del tendón del supraespinoso de 11 x 8 mm T x AP. Tendinopatía del infraespinoso. Tendinopatía del subescapular con una ruptura parcial distal intrasustancia. Bursitis subacromio-subdeltoidea”* (pp. 29-30, archivo04).
- Las solicitudes del **15 de junio y 4 de octubre de 2017** elevadas por el Departamento de Medicina Laboral de Famisanar EPS a la entidad empleadora para obtener documentos para calificación del origen de las enfermedades padecida por el extrabajador de *“SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO, BURÍSITIS DEL HOMBRO, EPICONDILITIS LATERAL DERECHA”*, entre ellos, el análisis de puesto de trabajo (pp. 31-34, archivo04).
- Comunicación del **30 de noviembre de 2017** emitida por SURA ARL dirigida a Famisanar EPS, mediante la cual no se acepta que las dolencias del extrabajador sen catalogadas como de origen laboral (p. 36, archivo04).
- Respuesta de Famisanar EPS del **11 de diciembre de 2017** a SURA ARL para obtener el pago de los honorarios profesionales para enviar el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para determinar el origen (pp. 37-38, archivo04).
- Dictamen No. 19473414-3173 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el **4 de mayo de 2018** (pp. 55-57, archivo04), en el que se reiteran los diagnósticos de *‘BURSITIS DEL HOMBRO’, ‘EPICONDILITIS LATERAL’* y *‘SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO’* que se califican como de origen laboral.
- La notificación del dictamen No. 19473414-3832 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del **7 de marzo de 2019** que confirmó el origen (pp. 68-71, archivo04).



- La consulta médica de seguimiento por parte de la ARL del **3 de abril de 2019** donde se reiteran los 3 diagnósticos referidos, con recomendación de terapia física en casa y utilización de férulas, con meta de valoración por fisioterapia, acompañada de la historia clínica abierta durante el **4 y 5 de abril** siguiente, con recomendación de continuar con el tratamiento médico y revisión en 1 mes (pp. 81-87, archivo04).
- Del contenido de la historia clínica consolidada desde el año **2007** con terapias, atenciones, exámenes médicos, consultas médicas de seguimiento, procedimientos y órdenes de terapias físicas y controles sucesivos corroboran el estado de salud, así como los diagnósticos y patologías ya referidos (archivo05).

De las pruebas relacionadas se determina con claridad que el demandante, antes del despido, contaba con los diagnósticos de “M751 SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO” y ‘B368 DOLOR MIEMBRO SUPERIOR DERECHO’, y después de ese acontecimiento, apareció un nuevo registro de los de ‘BURSITIS DEL HOMBRO’ y ‘EPICONDILITIS LATERAL’, producto de las mismas lesiones de su hombro, sin que resulte del todo relevante si es de origen laboral o común.

## **2. De la dificultad sustancial para el ejercicio de labores.**

La jueza a quo utilizó como pilar de su decisión el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 sin tener en cuenta que este fue derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013. De igual manera, omitió que, después de la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha ido introduciendo nuevos matices a su postura y ha intentado establecer un examen probatorio mixto ligado a la calificación técnico-descriptiva de las patologías que presente un trabajador y otro ligado a la posibilidad de probar la magnitud de la diversidad funcional con cualquier medio de prueba que sea útil, conducente y pertinente. Luego, concluyó que las solas incapacidades médicas no daban lugar a una protección, como tampoco las recomendaciones sobre las cuales recabó en que no tienen fecha de expedición.

Precisamente, las recomendaciones laborales expedidas por **Colsubsidio**, sin fecha, acompañadas de una guía de programa de ejercicios para el hombro con 20 imágenes ilustrativas, consistieron en lo siguiente: **1)** realizar estiramientos antes de cualquier práctica deportiva; **2)** si hay inflamación aplique compresas frías o hielo directo; **3)** evite realizar movimientos bruscos en el hombro; **4)** evite levantar objetos



pesados, ya que esto agudiza el dolor; **5)** si usa transporte público, no utilice las barras del techo para sostenerse, si usa automóvil evite tomar los objetos del puesto trasero estando sentado adelante; **6)** no utilice medicamentos que no hayan sido prescritos por su médico; **7)** no permanezca inactivo por mucho tiempo, ya que esto favorece la rigidez articular y disminuye la fuerza de los músculos; **8)** si tiene duda de algún ejercicio pregunte a su fisioterapeuta encargada; **9)** recuerde la práctica de los ejercicios en casa es fundamental para su recuperación (pp. 15-16, archivo04).

De este documento, debe decirse que, si bien es cierto que no tiene fecha, también lo es que esa omisión no era insalvable al punto de obstaculizar su ubicación en el tiempo, si en la reclamación del **5 de mayo de 2017** que el extrabajador elevó ante el Ministerio del Trabajo para poner en su conocimiento su despido, se extrae información relevante para concluir que estas recomendaciones corresponden a unas emitidas con una vigencia de **6 meses**, en particular, cuando se lee lo siguiente: *“me dieron restricciones laborales que era válida solo por 6 meses y tocaba solicitarlas nuevamente y la empresa me las pedía y hacía un control a ver si las estaba cumpliendo”* (p. 28, archivo04); aspecto que ha debido contrastar con el testimonio de **Leidy Johana Ramírez**, líder de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente de la compañía demandada desde julio de 2015 hasta septiembre de 2021, quien aseguró que, aunque no tenía presente la fecha exacta de la vigencia de ese documento, sabe que para el año **2016** ya no estaba en vigor e, incluso, se le había hecho la solicitud al extrabajador que actualizara la recomendaciones.

Esto es importante precisarlo porque, a pesar de todo, con esos elementos de convicción era suficiente para aseverar que su vigencia fue durante por lo menos, **6 meses del año 2015**, es decir, casi **2 años** de la desvinculación injustificada.

De esta manera, y concatenando las recomendaciones laborales con las incapacidades médicas de **2 días** durante los años **2014, 2015 y 2016** serían suficientes para concluir, que el quebranto de salud del demandante **no** era de tal magnitud que le hiciera ausentarse de su labor o le impidiera sustancialmente el ejercicio de sus actividades. Sin embargo, se procede a seguir revisando los demás medios de convicción allegados para confirmar esa primera hipótesis, o descartarla.

En el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la entidad demandada, **Humberto Martín Camacho García** no se evidencia alguna confesión que beneficiara a la parte demandante; por el contrario, gran número de las



preguntas fueron bastantes genéricas y abstractas, y relacionadas con los trabajadores que tuvieran un estado de salud novedoso, sin aterrizarlo al caso concreto. Por ejemplo, se le preguntó si la compañía tenía implementado un sistema integrado de salud y seguridad en el trabajo, a lo que el representante contestó que sí, al igual que cuál era el tratamiento frente a los trabajadores que padecían enfermedades de origen común y laboral, a lo que respondió *“cualquiera puede enfermarse. Hemos tenido situaciones delicadas en la parte de servicios generales (...) en los últimos años no hemos tenido casos de esta gravedad (...) el tratamiento es que primero se habla con ellos, se revisa (...) se define un plan, en algunos casos es necesario cambiarlas a diferentes zonas, a nivel auditivo (...)”*. O la pregunta de si manejaban al interior de la compañía un médico laboral, o cómo se acogían las recomendaciones laborales en general, a lo cual empezó a explicar el procedimiento interno consistente en que *“efectivamente se pasa con el director de operaciones, se analiza con la directora de calidad, con la persona de HSE de salud, para determinar qué acciones se deben tener. Si efectivamente la persona requiere ser cambiada o debe efectivamente permanecer sin ninguna novedad, como es el caso del señor Héctor”*.

En contraste con lo dicho, la última pregunta relacionada con qué decían las recomendaciones laborales del demandante, sí fue bastante pertinente porque el declarante contestó que *“En general, reposan en la compañía (...) efectivamente se referían sobre algún apoyo. En ningún momento nos daban alguna otra indicación en donde efectivamente requiriera por parte de la entidad médica algún cambio dentro de la compañía. (...) **Solo la recibimos 1 vez.** Lo que dijeron básicamente: tenían que tener las actividades que implicaran posturas o algo que tuviera que tener apoyo”,* a lo cual agregó que, en todo caso, *“En su proceso, las personas que evaluaron no vieron la necesidad, ni hubo la recomendación de algún cambio”*. Sin embargo, de esas respuestas no puede aseverarse que el representante legal confesara que el estado de salud le impidiera sustancialmente el ejercicio de su cargo; menos cuando solo se aceptó haber tenido conocimiento de recomendaciones por 1 sola vez.

Del testimonio de **Leidy Johana Ramírez**, quien dijo haber conocido al demandante cuando laboraba como ‘operario de mecanizado’ en la máquina troqueladora y haberse desempeñado como líder de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente de la entidad demandada desde julio de 2015 hasta septiembre de 2021, se extrae que aquel – el extrabajador – tenía unas recomendaciones médicas emitidas por su ESP a las cuales se les hacía un seguimiento, y que si bien no tenían una fecha de vigencia, sabe que para el año **2016** ya no estaban vigentes, por lo que se le solicitó que las actualizara, pero él no lo hizo. Cuando se le preguntó si esas recomendaciones implicaban un cambio de funciones o un impedimento para ejecutarlas, la testigo respondió que **no** porque *“estaban orientadas a que realizara pausas activas y tuviera recomendaciones hacia la manipulación de cargas”*. A la pregunta



de si el demandante debía manipular cargas en su puesto de trabajo, contestó que **sí** *“pero como estas recomendaciones tenían, pues, conocimiento del supervisor, siempre se hacía ayuda, se hacía uso y ayudas mecánicas y trabajo en equipo”*. No obstante, tampoco precisó o aclaró cómo eran esas ayudas mecánicas, o en qué consistían, ni mucho menos detalló o explicó cómo era que se realizaba ese trabajo en equipo.

A la pregunta sobre las incapacidades médicas, la testigo respondió que sí tuvo conocimiento de ellas, pero que no tenía presente sus códigos o la descripción de la patología o del diagnóstico, dijo que eran de *“1 o 2 días”* y que no recordaba que hubieran sido largas de **1 o 2 semanas**; es decir, que esta respuesta corrobora lo que se analizó en anteriores apartes sobre la temporalidad de las secuelas del diagnóstico y su relación con el ejercicio normal del cargo. Luego, afirmó la deponente que, mientras el demandante estuvo vinculado no tuvo calificación de pérdida de capacidad laboral, pero para el año **2019** llegó una calificación por parte de la EPS con origen laboral de sus dolencias, sin especificar el grado de pérdida de capacidad laboral. Después dejó claro que lo que sabe, es porque iba a la fábrica, hacía recorridos en todos los puestos de trabajo y *“asimismo cuando hacía seguimiento a las recomendaciones del señor, pues tenía contacto con él”*. Posteriormente, cuando se le preguntó si el demandante le había comentado sobre algunos dolores o enfermedad, la testigo señaló que **no**, *“que lo único que él hacía referencia era a que él buscaba siempre el lado de la máquina para hacer sus pausas activas y demás, y que si había inconveniente con eso, pues realmente no lo había porque pues estaba cumpliendo sus recomendaciones”*. Luego, refirió que el extrabajador solo en unas pocas ocasiones le dijo que le dolía el brazo, pero al rato mejoraba con las pausas activas y más porque asistió siempre a sus controles médicos con la EPS. Reiteró que las recomendaciones laborales que presentó el trabajador – **por 1 sola vez** – antes de 2016 solo tenían que ver precisamente con pausas activas y levantamiento de carga.

Al expediente se aportaron otras recomendaciones laborales, pero con fecha de expedición de **23 de marzo de 2017**, es decir, después de **2 meses de la desvinculación**, por la especialidad medicina física – rehabilitación y fisioterapia, que consagran: “EL PACIENTE CON SÍNDROME DEL MANGUITO ROTADOR DERECHO, BURSITIS DE HOMBRO DERECHO, EPICONDILITIS LATERAL DERECHA, POR LO CUAL, NO DEBE REALIZAR MOVIMIENTOS DE BRAZOS POR ENCIMA DEL NIVEL DEL HOMBRO, NO DEBE REALIZAR MOVIMIENTOS REPETITIVOS DE MIEMBROS SUPERIORES ESPECIALMENTE FLEXOEXTENSIÓN DE CODOS O PRONOSUPIANCIÓN DE ANTEBRAZO ASOCIADO A FUERZA. NO DEBE MANIPULAR OBJETOS CON PESO SUPERIOR A 3 KG, SE LE DEBE PERMITIR LA REALIZACIÓN DE PAUSAS ACTIVAS CADA 2 HORAS POR 5 MINUTOS. NO DEBE LABORAR HORAS EXTRAS. ESTAS RECOMENDACIONES SON DE CÁRACTER PERMANENTE, ESTÁ



PENDIENTE NUEVA VALORACIÓN POR MEDICINA LABORAL” (p. 26, archivo04). En criterio de la Sala no pueden ser tenidas en cuenta para derivar una protección a la estabilidad laboral reforzada, primero porque fueron posteriores al despido, y es lógico, tal como lo concluyó la juzgadora de instancia, que el empleador no estuviera en posibilidad de preverlas o conocerlas, si durante el servicio prestado solo se había presentado esa misma situación, pero por una sola vez. Pero, además, llama la atención que, a pesar de registrarse los diagnósticos, se le recomendó no laborar en horas extras y un carácter permanente, pero al final de ese documento e, incluso, en la historia clínica aparece la anotación de encontrarse actualmente **cesante**.

También obra el dictamen No. 19473414-3173 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el **4 de mayo de 2018** (pp. 55-57, archivo04), en el que se trae a colación el análisis del puesto de trabajo de ‘Troquelador’ con tareas asignadas consistentes en que: *“troquelaba arandelas, balancines, ganchos opso, ganchos inversores, según pedido, revisar papeleta de autocontrol, alistaba el material y elementos a usar en el proceso de troquelado, realizaba de 12.000 a 30.000 diarias, variaba según pedido del cliente, entregaba del producto al almacén”,* así como la enunciación de los elementos de trabajo como una troqueladora de 1,80 m de alto x 71 cm de profundidad y 45 cm de ancho, con utilización de un pedal, silla industrial, con troqueles de corte, doblado, perforado, carro transportador, junto con la descripción de su actividad *“diariamente, en posición sedente con desplazamientos, de forma bimanual manipulaba la lámina y herramientas”*.

**Alistar troquel:** El trabajador en posición bípeda, se desplazaba 7 metros hasta el cajón de troqueles (145cm x 45cm x 200cm), tomando el troquel requerido a 118cm 91cm o a 64cm de altura, cada uno podía pesar de 10 kg hasta 20kg y regresaba llevando consigo el troquel elegido a pulso hasta la troqueladora uno cada vez, debía instalar y ajustar el troquel dentro de la troqueladora a 160cm (medida tomada desde el piso). Realizaba esta operación en promedio 5 veces, para un total de 60 min discontinuos en la jornada.

**Alistar láminas:** El trabajador en posición bípeda, se desplazaba 5 metros hasta el soporte de material (100 cm x 205cm x 29cm), cogía bimanualmente a una altura de 80cm de 2 a 5 láminas para pieza (calibre 18cm x 37cm) pesaban como entre 5kg-20kg cada grupo de láminas llevándolas hasta la troqueladora a pulso a una altura de 110 cm llegando a desplazar 200 láminas por jornada. Realizaba esta operación 5 veces, para un total de 40 min discontinuos en la jornada.

**Ejecución de tarea:** El trabajador, en postura sedente de forma bimanual debía ir desplazando cada lámina por el troqueador para hacer la pieza a 110 cm de altura, realizando 200 piezas por hora, accionando el pedal con el miembro inferior derecho (200 veces por hora); el troquelador expulsaba la pieza a la canasta porta pieza (59cm x 40cm x 24cm). Realizaba esta operación de 12.000 a 30.000 veces, llegando a realizar por referencias, Balancín: corte 1.500 x hora, Pasadores de válvula: 6mil x hora, Gancho opso: en acero 50 x hora, Gacho inverso: 50 x hora, Exágonos: 200 x hora, Arandela: corte 1.500 x hora, doblado 800 x hora, perforado 800 x hora, para un total de 420 min discontinuos en la jornada.

- **Cernir:** El trabajador se agachaba al nivel del piso a coger la canasta porta piezas con un peso de 1500g para cernir o colar y limpiar las piezas dejándolas a 100cm de altura a disposición para que el personal de almacén las recogiera. Realizaba esta operación 6 veces, para un total de 30 min discontinuos en la jornada.

**Descansos:** De 40min de almuerzo, como tiempo no oficial de descanso realizaba 2 pausas personales al día con una duración de 10 minutos no continuos en la jornada.

En este documento se concluye que el empleado permanecía aproximadamente 80% de su jornada laboral en **posición sedente**, es decir, sentado *“donde se alterna los desplazamientos, en el área donde desarrolló su labor”,* realizaba sus tareas en forma bimanual 100%, con manipulación de pesos que desplazaba con ayuda de una



compañera de trabajo “con un rango de altura entre 118 cm a 64 cm de alturas para coger los troqueles y 110 cm a 160 cm de altura para operar la troqueladora”, y de su hombro se registró:

Durante la ejecución de las tareas del cargo, se evidencia a nivel de los hombros flexión de neutro a 45° pasando de 45° a 80°; abducción de neutro-40°, adducción de 30° a neutro, rotación interna de 20°-30°, flexión de codos 10°-20°; los antebrazo en supinación de 70°-80° y pronación de 80° a 90°; las muñecas en flexo-extensión de 10° -20°, desviaciones radio-cubitales de 5° - 10°.

En este punto, valga anotar que, aunque en ocasiones es usual que las evaluaciones técnico-descriptivas de origen o pérdida de capacidad laboral se lleven a cabo con posterioridad, ello no implica descartarlas de plano, y menos en este caso, cuando, como se vio, refleja las mismas patologías que venía presentando el trabajador desde tiempo antes, con toda la trazabilidad en cuanto al tratamiento dispensado. Sin embargo, aun así, de su contenido tampoco se puede tener por establecida una incidencia importante en el desarrollo de actividades, ni mucho menos un detrimento sustancial de su capacidad respecto del cargo desempeñado.

Analizadas cada una de las pruebas referenciadas, con fundamento en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala concluye que, aunque el extrabajador presentaba un cuadro clínico y/o quebranto de salud consistente en “M751 SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO”, ‘B368 DOLOR MIEMBRO SUPERIOR DERECHO’, ‘BURSITIS DEL HOMBRO’ y ‘EPICONDILITIS LATERAL’, no tenía expresamente una recomendación o restricción que le impidiera ostensible y sustancialmente el ejercicio de su cargo para la fecha de su desvinculación, respecto de lo cual, se insiste, en que sustancial significa una dificultad u obstáculo significativo, relevante y de gran envergadura, con lo que se descarta cualquier dolencia temporal.

Es más, y aun cuando el apelante intenta hacer subsumir el caso concreto en el supuesto jurisprudencial estudiado en la sentencia CSJ SL572-2021, lo cierto es que ninguno de los presupuestos básicos allí descritos para su configuración, se encuentran en el asunto, porque el estado de salud **no** era de tal gravedad que limitara al extrabajador la realización de su trabajo, como tampoco era notorio, evidente y perceptible. Incluso, en la sustentación del recurso, el mismo apoderado judicial es consciente de que las incapacidades no fueron prolongadas, ni sucesivas y que las recomendaciones eran simplemente de descanso y posturas. De hecho, él mismo expresó que **“si bien es cierto le permitía durante el tiempo, mientras estuvo laborando, le permitía cumplir con sus funciones”**; es decir, que no era que lo afectara del todo.



El Tribunal aprovecha la oportunidad para insistir en que la simple existencia de enfermedades o padecimientos, por más graves que parezcan o puedan reflejar en apariencia, sean o no degenerativas o progresivas, no es suficiente para proclamar la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud. Ni siquiera cuando el extrabajador no presentara incapacidades regulares, sino solo unas aisladas anualmente, no tenía restricciones, salvo las recomendaciones de 2015, es decir, **3 años** anteriores al despido, sin alguna otra actualizada o prorrogada. No contaba con conceptos desfavorables de rehabilitación o recuperación y, por lo mismo, tampoco se advierte una circunstancia que demuestre su estado grave o severo de salud.

Por lo demás, se aclara que, si bien el trabajador falleció en el curso del proceso, no por ello es razonable concluir que hubiera sido por sus diagnósticos, al no estar en discusión este punto, y mucho menos ser este el escenario propicio para ventilar tal aspecto, como tampoco entrar a conjeturar sobre lo que pudo haber ocurrido.

En consecuencia, la Sala acompaña la decisión de la juzgadora de instancia en descartar la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud del extrabajador y, en esa medida, habrá de confirmarse la sentencia apelada, dado que no está probado cómo el estado de salud le dificultaba sustancialmente el ejercicio del cargo de 'operario de mecanizado', carga que le corresponde a la parte demandante a la luz del artículo 167 del CGP, sin que admita en este caso alguna presunción.

Por sustracción de materia, no hay lugar a revisar las causas de terminación del contrato de trabajo o verificar la ausencia o no del permiso del inspector del trabajo, ni mucho menos activar una presunción de despido discriminatorio, aspectos que estos que dependen exclusivamente del análisis del estado de debilidad manifiesta.

**Costas.** Por no haber prosperado el recurso de apelación, se condenará en costas a la parte demandante, al tenor de lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 365 del CGP. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho.

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



Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca  
Republica de Colombia

**Resuelve:**

**Primero: Confirmar** la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, acorde con lo aquí considerado.

**Segundo: Condenar** en costas a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho.

**Tercero: Devolver** el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

**Notifíquese y cúmplase,**

  
**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada

  
**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado

  
**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Magistrado