



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

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105034201600670-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Nulidad del Dictamen -origen

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ORLANDO TORRES PEÑA en contra de JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA S.A.

ANTECEDENTES

ORLANDO TORRES PEÑA promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA S.A, para que previa declaratoria de que las patologías que padece son de origen laboral , pues guardan relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estuvo expuesto como trabajador de Drummondn Limited, se condene a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a revocar los dictámenes No. 15421474-23 del 21 de octubre de 2015 y 15421 del 12 de junio de 2014 en relación con las patologías; así como que se condene a la ARL COLMENA a reconocer y pagarle las prestaciones asistenciales y económicas a las que tiene derecho por el accidente de trabajo y/o enfermedad profesional; y que se condene a estas dos a la reparación integral de daños y perjuicios de índole material e inmaterial junto con lo que resulte ultra y extrapetita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que ingresó a laborar a DRUMMOND LTDA el 24 de febrero de 1998 como operador múltiple, practicándosele exámenes pre-ocupacionales que no mostraron patologías de origen osteomuscular ni tendinoso, dentro de sus funciones estuvieron las de Cardenper doble y sencillo, trimando con buldócer y con cargador, utility,

mantenimiento de grúa, limpiando las tapas de los buques, punta de muelle amarrando barcazas y limpiando barcazas con pala; el 7 de febrero de 2000 sufrió un accidente laboral con tiron de brazo, hombro, codo y muñeca izquierda, siéndole practicado en 2013 electromiografía que concluyó con un estudio anormal y el 13 de agosto de 2011 una resonancia nuclear magnética de columna cervical que reportó distopatía degenerativa desde C2 a C7; además que padece de Síndrome de manguito rotador, esguinces y torceduras de la articulación del hombro, cervicalgia, síndrome del túnel del carpo y lumbago no especificado; luego de otros exámenes en 2013 el 15 de agosto de ese año la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena calificó de origen profesional el síndrome de manguito rotador, esguinces y torceduras de la articulación del hombro, cervicalgia y en dictamen del 14 de julio de 2014 la Nueva EPS también calificó como tal la hipoacusia neurosensorial bilateral (H905), la epicondilitis lateral bilateral (M771), no obstante estos dos últimos fueron calificados como de origen común el 6 de noviembre de 2014 por la Junta Regional; estuvo expuesto en sus labores a ruido frecuente; y en desconocimiento de lo indicado con dictámenes No. 152341 del 12 de junio de 2014 y 15421474-23 del 21 de octubre de 2015 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó las patologías como de origen común. (fls 65-72).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en los siguientes términos:

RIESGOS LABORALES COLMENA SA COMPAÑÍA DE SERGUROS DE VIDA - ARL COLMENA O COLMENA SEGUROS SA, con escrito de folios 94 a 103 se opuso a todas y cada una de las condenas, manifestó no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con los dictámenes emitidos por la Junta Regional del Magdalena y la Junta Nacional. Propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación y falta de causa; Prescripción y Compensación.

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con escrito de folios 183 a 206 se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con los dictámenes y exámenes médicos manifestando no constarle los demás o no ser ciertos. Propuso las excepciones denominadas: Legalidad de las calificaciones expedidas; Falta de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, Falta de legitimación por pasiva: inexistencia de obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende; Improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen- carga de la prueba a cargo del contradictor; inexistencia de pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación- competencia del juez laboral; Buena fe y la Genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante en la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación porque los dictámenes a controvertir No. 15421474-23 del 21 de octubre de 2015 y 15421 del 12 de junio de 2014 determinaron que la hipoacusia neurosensorial bilateral (H905) y la epicondilitis lateral bilateral (M771), fueron calificadas como de origen laboral, y dado que en el estudio de puesto de trabajo del actor se determinaron sus funciones y horario, es claro que la postura y los movimientos del trabajador durante más de 30 años en el manejo de tales equipos desencadenó las patologías de síndrome de manguito rotador, esguinces y torceduras de la articulación del hombro, cervicalgia no son de origen común pues las vibraciones de los equipos manejados influyeron, debiendo estudiarse más afondo por el Tribunal el puesto de trabajo del actor ya que allí se observa la relación causal entre las patologías y el puesto de trabajo del señor TORRES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, COLMENA SEGUROS SA, solicitó la confirmación del fallo de primera instancia por cuanto el origen de la patología del actor es común.

Sin pronunciamiento de las demás partes, dentro del término concedido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El litigio gira en torno a establecer si hay lugar a modificar el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral elaborado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que calificó como de origen común la enfermedad que padece el demandante para en su lugar establecer que es de origen profesional, y en caso afirmativo, si es procedente condenar a las demandadas al pago de los daños y perjuicios ocasionados

DEL DICTAMEN QUE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE

Con el fin de resolver las suplicas del actor forzoso se muestra en primer término para la Sala remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, prevé que *“el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de*

evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.”, precisando que en caso de que no se esté de acuerdo con la primera oportunidad de determinación de la pérdida de capacidad laboral y calificación del grado de invalidez y el origen de estas contingencias, dentro de los 10 días siguientes debe el interesado manifestar su inconformidad y luego de ello la entidad competente (COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP hoy ARL-, o las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS) deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de 5 días. Indicando dicha norma que “El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”

A su vez, el Decreto 2463 de 2001 *“por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”* en su artículo 9º, enseña que: *“Los dictámenes rendidos por estas Juntas constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez; en consecuencia, para emitir los referidos dictámenes, las Juntas de Calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.”*

Y el decreto 917 de 1999 que modificó el decreto 692 de 1995 *“Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez”*, contempla en su artículo 1º que *“El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5º de la Ley 361/97.”*

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que habrá lugar a declarar la nulidad de un dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ sólo en el evento de que el mismo no atendiera a los presupuestos de fondo y forma contenidos tanto en las aludidas normas como en el Manual Único

para la Calificación de la Invalidez, ello conforme lo enseñan los art. 1740 Y 174 del CC¹

Entonces, aun cuando el señor ORLANDO TORRES PEÑA solicita que se analice por parte de esta instancia, de manera minuciosa, la relación causal entre el estudio del puesto de trabajo del demandante y sus patologías, debe indicarse que tal experticia fue realizada por las aquí demandadas según se advierte en los dictámenes controvertidos que constan a folios 48 a 64, el primero de ellos del 12 de junio de 2014 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición y subsidio de apelación interpuesto por la ARL COLMENA frente al dictamen No 282513 de la Junta Regional del Magdalena, precisamente al mostrarse en desacuerdo con la calificación de origen profesional que ésta le dio a las patologías del demandante, observando la Sala que en dicha oportunidad la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, contrario a lo sostenido por la censura, sí hizo referencia al puesto de trabajo del señor TORRES PEÑA al punto de que no sólo efectuó una descripción detallada del mismo (general del trabajo y del puesto de trabajo), sino también de los elementos de protección personal, de la carga física-análisis biomecánico, concluyendo el impacto de cada labor de cara al tiempo en minutos y el porcentaje del total de la jornada laboral; describiendo igualmente las operaciones, las posturas y los esfuerzos, todo lo cual la llevó a ultimar que los diagnósticos de síndrome de manguito rotatorio, esguinces y torceduras de las articulaciones de hombro y cervicalgia eran una enfermedad de origen común; estudio que igualmente realizó en el dictamen del 21 de enero de 2015 (fls 56 y ss) tratándose de los diagnósticos de Hipoacusia neurosensorial, bilateral y epicondilitis lateral – bilateral que también calificó como de origen común.

Premisas de las que se puede colegir que el dictamen fue emitido atendiendo los lineamientos tanto de procedimiento como de fondo, por autoridad competente, quien basó su decisión en las pruebas con las que debía decidir la apelación, sobre todo los factores de riesgo aducidos por el apelante del dictamen, por manera que no encuentra merito esta Sala para anular la aludida experticia, máxime cuando el peritaje allegado para demostrar el origen profesional de los distintos diagnósticos del promotor de esta actuación emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA el 7 de mayo de 2019 con el No. 15421474-638 que consta a folios 249 a 255 concluyó *“que las patologías síndrome de abducción dolorosa del hombro, cervicalgia y epicondilitis lateral son enfermedades de origen común, por no hallar relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional a los que ha estado expuesto en el cargo de operador múltiple”*, dictamen pericial que al provenir de autoridad competente

¹ ARTICULO 1740. . Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. ARTICULO 1741. . La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.”

brinda certeza de su contenido como para apartarse del mismo, e impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, al no haber cumplido el demandante con la carga probatoria que le asistía prevista en el artículo 167 del CGP, esto es, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, ya que el dictamen por él solicitado fue contrario a sus intereses.

De tal modo, al haberse desatado desfavorablemente la solicitud de nulidad del dictamen la misma suerte corre la petición de perjuicios.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente por haberle sido desfavorable. Se confirman las de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

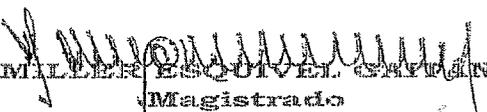
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 11 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por ORLANDO TORRES PEÑA en contra de LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

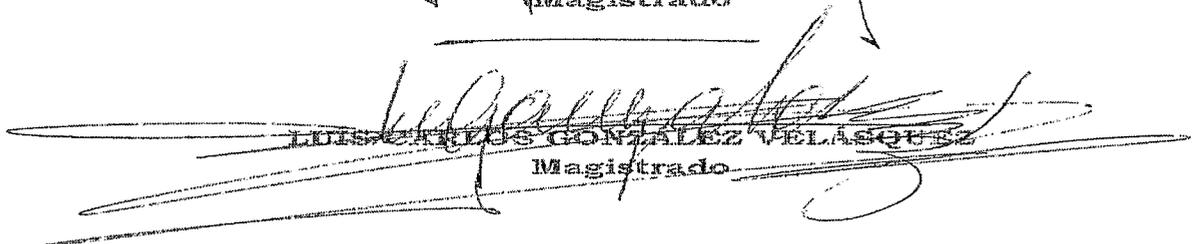
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$877.804. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILDER ESQUIVEL CRUZ
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105012201800180-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAYERLI DONATO HERNANDEZ
EN CONTRA DE RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS
S.A.**

En Bogotá D.C. a los treinta días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2019, por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora MAYERLI DONATO HERNANDEZ por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de agosto de 2016 al 7 de diciembre de 2017, en el cual se configuro el despido indirecto, que devengaba la suma de \$1.100.000.00 pesos, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago a los intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, dotación, salario de la segunda quincena de octubre y los meses de noviembre y diciembre de 2017,

indemnización moratoria, aportes en seguridad social, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Folios 38-40)

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

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que, suscribió un contrato a término fijo por 6 meses el 22 de agosto de 2016, desempeñando el cargo de ANALISTA NACIONAL SAC, devengando un salario mensual de \$1.100.000.00, que el contrato tuvo 2 prorrogas consecutivas; del 22 de febrero al 21 de agosto de 2017 y del 22 de agosto de 2017 al 21 de febrero de 2018, que el contrato fue terminado de forma unilateral y sin justa causa el 7 de diciembre de 2017, en razón a que la demandada incumplió con sus obligaciones patronales. (Folios 37-38)

Contestación de la demandada:

Mediante Auto de fecha 14 de noviembre de 2018 (Fl. 78), se tuvo por contestada la demanda, en cuanto a las pretensiones manifestó oposición, indico que para el año 2017 la empresa atravesaba una situación económica difícil, pues tenía embargo de cuentas bancarias e insolvencia económica, lo cual fue informado a los trabajadores de forma verbal, que está en proceso de reorganización, encontrándose la demandante dentro de los pasivos laborales de la empresa. Propuso en su defensa las excepciones que denominó; régimen de insolvencia empresarial, cesación de pagos, incapacidad de pago inminente y prescripción. (Folios 61-67)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de julio de 2019, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; declarar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 22 de agosto de 2016 hasta el 7 de diciembre de 2017, condeno al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías y salarios, absolvió de las demás suplicas de la demanda. (Folio 80)

Para llegar a la presente decisión el A quo manifestó que; una vez revisado el material probatorio allegado al plenario se evidencia que el empleador incumplió con sus obligaciones, situación que así se consagro por la demandante en la misiva de despido, en consecuencia, es procedente el reconocimiento y pago de salarios dejados de cancelar, aportes en seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones.

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpone recurso de apelación, solicita se rectifique lo correspondiente al salario, para lo cual argumenta; *“el salario está determinado conforme se ha planteado en la demanda lo que quiero aclarar es lo siguiente, su señoría ha reconocido que el salario es de \$1'000.000 de pesos como salario básico y \$50.000 pesos como salario o como tema no salarial, al revisar el contrato de trabajo ni por asomo se ve por ninguna parte se ve que de conformidad con el 128 las partes hayan pactado que esos \$50.000 pesos son no salariales, brilla por su ausencia tanto en el contrato o en acuerdo posterior escrito, porque así lo determina la norma que debe ser por escrito, que se especifique que lo no salarial debe estar establecido por escrito de conformidad con el 128 del CST, como tal el salario que se ha venido indicando es de \$1'100.000 pesos, aun mas se omitió el tema del auxilio del transporte...”*

De otro lado, el apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación con el fin de que se analice lo correspondiente a la indemnización moratoria y a la sanción por no consignación de las cesantías, dijo; *“...el despacho no valoro adecuadamente la jurisprudencia reiterada por la Corte Suprema de Justicia, concretamente en la sentencia SL 16884 de 2016, toda vez que lo que allí se indica y lo que se le impone a los jueces es que la correcta hermenéutica de las razones que consagra la sanción que esta no es mecánica, ni axiomática sino que debe estar precedida de una indagación del actuar del deudor de quien bien puede conducir su exoneración o por el contrario a la condena de la indemnización moratoria, cuando del análisis del acervo probatorio el Juez concluya que no estuvo asistido de la buena fe, sobre este particular lo que le indica la jurisprudencia al Juez es que debe evaluar cada situación en concreto y efectivamente debe evaluar las situaciones que llevaron y causaron al deudor a incurrir en la moratoria, en ese orden de ideas, a mi representada lo que la llevo a entrar al proceso de reorganización son situaciones ocurridas en el año 2016, que se encuentran en el auto admisorio a este proceso, concretamente en las memorias donde se observan memorias explicativas de las causas de insolvencia, se encuentran allí todos los sucesos relatados y reseñados que ocurrieron en el año 2016 que fueron ajenos a la voluntad de mi representada y que la llevaron a incurrir en falta de pagos de las acreencias que se le adeudan a la demandante, así mismo nunca se ha negado a reconocerle dichos pagos sino que simplemente los ha llevado y los tiene listados en el proceso de reorganización, así mismo no tiene en cuenta tampoco el despacho que para llevar y presentarse un empresa del tamaño de mi representada un proceso de reorganización que en la época del año 2016 tenía una nómina que superaba los 2.500 empleados, requiere de un tiempo largo y razonable para poder organizarse y presentarse a un proceso de reorganización, por otra parte, no tiene en cuenta el espíritu de la norma el cual es preservar, para los procesos de*

reorganización contemplados en la Ley 1116, lo que quería el Legislador era preservar las organizaciones o las empresas que pudieran ser viables aun para conservar el empleo, no existe tampoco prueba alguna dentro de este proceso que demuestre la mala fe por parte del empleador, requisito fundamental para que prospere la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 y el artículo 65 del CST.

Frente al despido indirecto, nuevamente el despacho pasa por alto que lo que se alega en la motivación del despido por parte de la demandante son las mismas causa que llevaron a la organización a presentarse al proceso de insolvencia contemplado en la Ley 1116, ella trabajo durante los años 2016 bajo las mismas condiciones, nunca presento reclamos sino hasta el final del año 2017, así mismo frente a los salarios adeudados es claro que en la carta de renuncia al cargo que desempeñaba la demandante únicamente reconoce que se le adeudan dos quincenas, así se encuentra escrito en la carta, por estas razones debe exonerarse entonces el pago de cualquier tipo de indemnización moratoria por parte de mi representada a la demandada."

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado, el apoderado de la parte demandante presenta alegatos de conclusión solicitando al Tribunal se confirme el fallo de primera instancia declarando la existencia de la relación laboral entre la demandante y la demandada RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES REDETRANS manteniéndose en el punto específico presentado en el recurso de apelación. De otro lado, el apoderado de la parte demandante guardo 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 a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación, la Sala entrará a determinar; (i) el salario devengado por la demandante, (ii) lo correspondiente al subsidio de transporte, (iii) si se encuentran probados los motivos por los cuales se alega un despido indirecto, en consecuencia, la procedencia de la indemnización moratoria y la sanción moratoria, a tales aspectos circunscribirá la Sala su estudio en virtud del principio de la limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Sobre lo correspondiente al salario

Al respecto, es pertinente indicar que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y que su finalidad es retribuir el servicio subordinado prestado a favor del empleador, entonces al ser una contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios, el trabajador y el empleador pueden convenir libremente el salario.

En cuanto a lo concerniente sobre salario, el Legislador indicó en el artículo 127 del C.S.T. lo siguiente;

“...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

De otro lado, el Legislador en el artículo 128 del C.S.T. determino los pagos que no constituyen salario, así;

“...No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que reciben en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y XI, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza no salarial de una suma de dinero reconocida al trabajador, bajo cualquier concepto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión No. 4, en sentencia SL3886-2020, con radicado No. 81256 del 8 de septiembre de 2020, dijo;

“En efecto, la Corte considera preciso recordar que el pacífico y sostenido criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre el particular ha dejado claro que la condición salarial o no de una determinada suma de dinero que percibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo no depende de la denominación que le hayan

dado las partes en el acto de creación, ni menos aún de la voluntad autónoma del empleador, sino de la inequívoca circunstancia de que se pague para retribuir el servicio personal del empleado (CSJ SL13707-2016 y CSJ SL8216-2016).

(...)

En todo caso, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, comoquiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa.

(...)

No cabe duda entonces que el alcance del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo está limitado por la regla general que ya el legislador clarificó en el artículo 127 de la misma codificación, es decir, la necesidad de reconocer como salario todo lo que busque recompensar el trabajo propio, personal y subordinado que realice un trabajador al servicio del empleador.”

En síntesis, todo pago que recibe un trabajador como contraprestación por sus servicios constituye salario, salvo que corresponda a pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, independientemente del nombre que le asigne el empleador a un determinado rubro, es irrelevante, pues las partes no pueden restarle connotación salarial a un pago que en la realidad retribuye inmediatamente el servicio (CSJ SL13707-2016 y CSJ SL2420-2018).

En cuanto al subsidio de transporte

La naturaleza jurídica de este auxilio económico es específica (Ley 1 de 1963), su finalidad es ayudar económicamente al trabajador para su desplazamiento al sitio de trabajo, concepto que debe tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

Así las cosas, una vez analizados los comprobantes de nómina aportados al plenario (Folios 19-29), de los meses de abril, mayo, junio, julio, septiembre y la primera quincena de agosto, se logra establecer qué; aunque como básico refiere la suma de \$1.000.000.00 pesos, realmente devengaba la suma de \$1.183.140.00 pesos para el año 2017, salario comprendido por los siguientes devengos un salario básico que asciende a la suma de \$1.000.000.00, un auxilio de alimentación por \$100.000.00 pesos que refiere “no prestacional” y el auxilio de transporte.

Entonces, al revisar el expediente, no aparecen razones que justifiquen la finalidad de los pagos habituales denominados *“auxilio de alimentación no prestacional”*, los cuales además se caracterizan por su periodicidad, duración y uniformidad, en una suma mensual de \$100.000.00 pesos, por lo que, se puede concluir que dicho elemento retribuye directamente el servicio, es importante resaltar que son pagos realizados por el empleador al trabajador son regulares, permanentes, habituales y periódicos.

Aunado a ello, el empleador no probó que dichos pagos no retribuyeran la prestación del servicio, si bien, en el contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año (Folios 68-69), en la cláusula segunda en la que se hace referencia a la remuneración en su parágrafo tercero se pactó la desalarización por dicho concepto, en los siguientes términos; *“...Las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozcan EL TRABAJADOR beneficios por concepto de alimentación..., se consideran tales beneficios o reconocimientos como no salariales, y por lo tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales...”*, lo cierto, es que debía acreditar que dicho concepto tenía una destinación específica no solo de nombre, sino comprobable por el empleador que otorga el beneficio o auxilio, sin embargo, en el presente caso dicha suma entrar al haber del trabajador para que fuese manejado a su antojo, retribuyendo con ello el servicio.

En lo tocante al subsidio de transporte es evidente que el Juez de primera instancia no lo tuvo en cuenta para llevar a cabo la liquidación de las prestaciones sociales, tal y como se observa a folio 81 del plenario en donde reposa la liquidación realizada en primera instancia, debiendo tenerse en cuenta en esta instancia dicho rubro.

En consecuencia, esta Corporación tendrá como salario devengado por la señora Mayerli Donato Hernández la suma de \$1.100.000.00 pesos y además lo correspondiente al subsidio de transporte para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, por ende, se procederá a modificar los ordinales 1 y 2 de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de julio de 2019 de la siguiente manera:

- Declarar que la señora Mayerli Donato Hernández devengaba como salario la suma de \$1.100.000.00 pesos para el año 2017 y para el año 2016 la suma de \$1.000.000.00 pesos teniendo en cuenta que el salario pactado entre las partes al inicio de la relación laboral fue la suma de \$900.000.00 pesos tal y como consta en el contrato de trabajo allegado al plenario, al cual se le adiciono el subsidio de alimentación.
- Condenar al pago de las prestaciones sociales en las siguientes cuantías:

1. Por concepto de cesantías	\$1.490.732.72
2. Por concepto de intereses a las cesantías	\$140.763.93

3. Por concepto de prima de servicios	\$1.490.732.72
4. Salarios	\$2.011.338

En cuanto al concepto de vacaciones en esta solo se tendrá como base para su determinación lo correspondiente al salario devengando, omitiendo lo devengado por subsidio de transporte, en razón a que como la finalidad del mismo es ayudar económicamente al trabajador para su desplazamiento al sitio de trabajo, no se paga durante el tiempo de duración y disfrute de las vacaciones.

5. Por concepto de vacaciones	\$692.638.88
6. Indemnización por despido sin justa causa	\$2.957.850

Del despido indirecto e indemnizaciones o sanciones

La parte demandante indica que el contrato de trabajo se terminó por una causa imputable al empleador, ante el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, causal consagrada por el Legislador en el artículo 62 literal b numeral 6 para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Al respecto, ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL4691-2018 con radicado No. 42919 proferida el 10 de octubre de 2018, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, lo siguiente; que el despido indirecto se da en razón a la conducta omisiva del empleador de cumplir con las obligaciones legales que le corresponde respecto de sus trabajadores, viéndose obligado el trabajador a dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa, así las cosas, es la parte demandante quien tiene la carga de la prueba, para lo cual debe demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, por las que dio por terminado el contrato de trabajo.

Si se observa, en el plenario la carta de renuncia presentada por la trabajadora señora Mayerli Donato Hernández que se encuentra a folio 11, en la que se indica; *“Por medio de la presente me permito comunicarle que he decidido dar por terminado, a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con REDETRANS S.A. en día 7 de diciembre de 2017, debido al incumplimiento por parte de la empresa de los pagos como lo son: La empresa ha venido incumpliendo de manera sistemática, y sin razones legalmente validas, la obligación que le asiste de pagarme el salario y las prestaciones sociales en las condiciones y los periodos convenidos. Como evidencia de ello se tiene lo siguiente:*

- *Incumplimiento como empleador del pago de dos (3) quincenas cumplidas a la fecha.*
- *El incumplimiento como empleador del pago desde el mes de enero en temas relacionados con las prestaciones sociales las cuales se indican como salud y pensión*

• *Incumplimiento en el pago de primas.*”, allí claramente la demandante expresa los motivos que la llevaron a dar por terminado el contrato de trabajo, circunstancias que no contradice la demandada, sino que por el contrario procedió a ratificar bajo el argumento de que la empresa atravesaba difíciles momentos económicos, tanto es así que alega se encontraba en un proceso de reorganización.

Además, existen pruebas documentales aportadas al plenario de las que se puede extraer el incumplimiento del empleador en el pago de aporte en seguridad social (Folios 12, 14, 17 y 18), tampoco existen comprobantes de nómina con posterioridad al mes de septiembre de 2017, así las cosas, se encuentra plenamente probados los motivos por los cuales la demandante dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Ahora bien, en cuanto a las indemnizaciones objeto de recurso por la parte demandada, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL3901-2018, con radicación N.º 50062 del 12 de septiembre de 2018, ha indicado;

“Finalmente, en torno al tema de la mala fe del trabajador y la buena fe de la empresa, que se aborda en el recurso de apelación y que afecta las condenas por indemnización moratoria, esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. (CSJ SL16884-2016).”

Siguiendo con el estudio, debe la Sala determinar si existió buena o mala fe de la demandada REDETRANS S.A., al encontrarse en proceso de reorganización, es así como se verifico las pruebas documentales que obran de folio 70 a 77, correspondientes a un auto emitido por la Superintendencia de Sociedades, en el cual se admitió el proceso de reorganización el 30 de agosto de 2018, es decir, con posterioridad a la fecha de renuncia de la demandante que lo fue el 7 de diciembre de 2017, si bien como lo indica el recurrente que para acreditar la solicitud de dicho proceso se presentaron pruebas documentales como lo son los estados financieros de los años 2014 al 2017, lo cierto es que tal circunstancia no era óbice para que el empleador incumpliera con sus deberes legales en cuanto al reconocimiento de las acreencias que le correspondían a la trabajadora.

Así mismo, cuando una empresa que se encuentra en reorganización bajo los términos de la Ley 1116 de 2006, en caso de que concluya liquidar algunos empleados, el pago de las indemnizaciones o acreencias a que

haya lugar puede ser congelado o establecer de mutuo acuerdo con el trabajador el pago a largo o mediano plazo, escenarios que si bien se mencionan no fueron a los que acudió la parte demandada, máxime, cuando para el momento en que se dio por finalizada la relación laboral realmente la empresa no se encontraba en el proceso que alega, como tampoco aporta pruebas de la difícil situación económica alegada que el impidiera el cumplimiento de sus obligaciones, con todo es imperativo concluir que REDDETRANS S.A. no probó la buena fe que alega, por el contrario su actuar fue contradictorio evidenciándose su mala fe, dado que la terminación del contrato de trabajo el empleador debía pagar las prestaciones sociales adeudadas. Es así, como proceden las condenas por indemnización moratoria, ante el no pago del empleador por salarios comprendidos entre el 16 de octubre al 7 de diciembre de 2017 y prestaciones sociales durante todo el tiempo de la relación laboral entre el 22 de agosto de 2016 al 7 de diciembre de 2017 a la terminación del contrato de trabajo y la sanción por no consignación de las cesantías, en las siguientes cuantías:

7. Sanción por no consignación de las cesantías \$12.699.036
8. Indemnización moratoria \$28.395.360.00 pesos, a partir del mes 25 el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Conforme a lo anterior, debe modificarse la sentencia proferida el 9 de julio de 2019. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.000.000.00 pesos.

DECISIÓN

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 los ordinales 1 y 2 de la sentencia proferida el 9 de julio de 2019 por el por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro el proceso ordinario laboral instaurado por **MAYERLI DONATO HERNANDEZ** en contra de **RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE - REDETRANS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

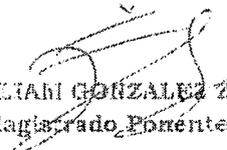
SEGUNDO: DECLARAR que la señora **MAYERLI DONATO HERNÁNDEZ** devengaba como salario la suma de \$1.100.000.00 para el año 2017 y \$1.000.000.00 para el año 2016.

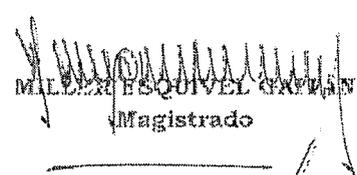
TERCERO: CONDENAR a la demandada **REDETRANS S.A.** al pago de las prestaciones sociales en las siguientes cuantías:

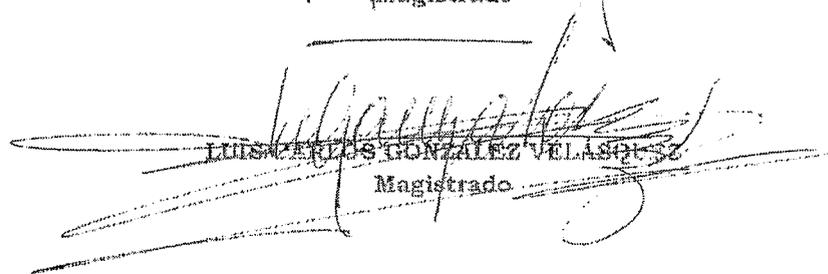
- | | |
|--|----------------|
| 1. Por concepto de cesantías | \$1.490.732.72 |
| 2. Por concepto de intereses a las cesantías | \$140.763.93 |
| 3. Por concepto de prima de servicios | \$1.490.732.72 |
| 4. Salarios | \$2.011.338 |
| 5. Por concepto de vacaciones | \$692.638.88 |
| 6. Indemnización por despido sin justa causa | \$2.957.850 |
| 7. Sanción por no consignación de las cesantías | \$12.699.036 |
| 8. Indemnización moratoria \$28.395.360.00 pesos, a partir del mes 25 el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria. | |

CUERTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.000.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULDAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL CAYMAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado