



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL

DEMANDANTE: INSTITUTO ROOSEVELT

DEMANDADA: MABEL ENITH MARTÍNEZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00305 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita permiso para levantar el fuero sindical a la accionada y, como consecuencia de ello, se autorice a dar por terminado el contrato de trabajo por existir una justa causa comprobada. (fl.4-5).

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con el argumento que dio cabal cumplimiento a las obligaciones que tenía como terapeuta, que si bien no hizo la terapia del 14 de abril a las 6 de la mañana, si la realizó a las tres de la madrugada, sólo que había existido un error de la hora que ella había registrado en la historia clínica de la paciente Eimy Mosquera.

Agregó, que el Instituto no había realizado la investigación pertinente respecto de lo sucedido, que además pesaba una queja de acoso laboral sobre la señora Gloria Castillo y una queja contra la señora Claudia

Arboleda por haberse presentado a laborar en estado gripal, por lo que con mayor razón debió haberse verificado la verdad de lo acaecido.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó temeridad y mala fe del empleador, inexistencia sustancial de causal para levantamiento de fuero, inexistencia de una valoración objetiva de las pruebas dentro del proceso disciplinario y la decisión que de ella se desprende, existencia de estabilidad laboral reforzada que genera un fuero por el estado de salud de la trabajadora y la genérica. (fls.1-16)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia sustancial de causal para levantamiento de fuero sindical y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal con el objeto de que se revoque la decisión de primera instancia por considerar que se dio una errada valoración de las pruebas decretadas y practicadas, pues en caso de haberse valorado correctamente, se llegaría a la conclusión de la ocurrencia de la justa causa para el despido.

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si existe justa causa para despedir a la demandada y por ende autorizar el levantamiento del fuero sindical y el permiso para el despido.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba

Aportadas con la demanda

- A folio 35, contrato de trabajo suscrito entre las partes.
- A folio 37, cláusula adicional al contrato de trabajo modificando la modalidad contractual.
- A folio 38, constancia de entrega del perfil del cargo de Terapeuta Respiratoria desempeñado por la actora.
- A folio 39 a 71, Reglamento Interno de Trabajo.
- A folio 72, queja presentada por la señora Nancy Casas Mosquera.
- A folio 73 informe presentado por la Coordinadora de Terapia Respiratoria.

- A folio 74 a 81, evoluciones clínicas de la paciente.
- 8. A folio 82, registro de entrada y salida de la demandada del día 14 y 15 de abril de 2020.
- A folio 83, certificación del 16 de junio de 2020 de la composición de la Junta Directiva del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT "SINTRAIROOS"
- A folio 84, citación a diligencia de descargos del 6 de mayo de 2020.
- A folio 87, comunicación de la demandada del 11 de mayo de 2020 solicitando aplazamiento de la diligencia de descargos.
- A folio 88 respuesta del Instituto de la solicitud de aplazamiento.
- A folio 90, comunicación de la accionada el 13 de mayo de 2020 solicitando la reprogramación de la diligencia.
- A folio 92, comunicación de la demandada del 13 de julio de 2020 solicitando fijar fecha para la diligencia de descargos.
- A folio 93, respuesta de la actora en donde accede a reprogramar la diligencia de descargos.
- A folio 95 a 99, acta de descargos.
- A folio 100, informe de réplica presentado por la accionada.
- A folio 113, citación para la ampliación de diligencia de descargos.
- A folio 116, documento presentado por la demandada mediante el cual comunica a la entidad que no asistiría a la ampliación de la diligencia de descargos.
- A folio 118, respuesta del Instituto a la anterior comunicación.
- A folio 121, inconformidad de la accionada respecto de la comunicación de ampliación de descargos.
- A folio 124, respuesta de la actora a dicha comunicación de inconformidad.
- A folio 126, incapacidad presentada por la demandada de fecha 12 de agosto de 2020.
- A folio 127, solicitud de permiso solicitado por la accionada para el 18 de agosto de 2020.
- A folio 128, permiso solicitado por la demandada para el 20 de agosto de 2020.
- A folio 129, comunicación del 18 de agosto de 2020 presentado por demandada indicando que no asistiría a la segunda citación para la ampliación de la diligencia de descargos.
- A folio 131, respuesta por parte de la demandada.
- A folio 133, carta de terminación del contrato de trabajo entre las partes.
- A folio 141, comunicación del 23 de abril de 2020 donde se le pone de presente a la demandada la queja de la madre de la paciente.
- A folio 142, memorando del 7 de mayo de 2020 por inasistencia sin justificación previa a la reunión programada.

- A folio 143, memorando del 5 de marzo de 2020 por no adherencia a registros en historia clínica y falta de cobros o subfacturación de oxígeno.
- A folio 144, acta de compromiso de junio de 2019.
- A folio 147 registro de la modificación y/o composición de la junta directiva de la Organización Sindical.

Aportadas con la contestación

- A folio 36, queja por acoso laboral presentada por la accionada de fecha 19 de marzo de 2020.
- A folio 41, solicitud de la accionada de no cambio de horario de trabajo y cumplimiento de la reubicación laboral.
- A folio 42, queja de acoso laboral de fecha 11 de mayo de 2020.
- A folio 44, solicitud elevada por la demandada para ser reubicada debido a sus enfermedades.
- A folio 45, queja presentada por la demandada contra la señora Claudia Arboleda de fecha 19 de marzo de 2020.
- A folio 47, petición elevada por la trabajadora para ser reubicada laboralmente debido a sus patologías de fecha 22 de septiembre de 2020.
- A folio 52, solicitud de reubicación laboral.
- A folio 55, solicitud del 10 de agosto de 2020 con la cual se solicita la emisión de la decisión del proceso disciplinario.
- A folio 56, decisión disciplinaria adoptada por la empresa en contra de la accionada de fecha 4 de septiembre de 2020.
- A folio 58, respuesta del Ministerio del Trabajo en relación con el acoso laboral y las decisiones adoptadas por la empresa de fecha 8 de octubre de 2020.
- A folio 60, carta de suspensión del contrato de trabajo de la accionada de fecha 29 de enero de 2021.
- A folio 70 a 103, historia clínica de la trabajadora.
- A folio 104, petición electrónica elevada por la trabajadora para obtener el acta del comité de convivencia que se originó por la queja de acoso laboral de fecha 4 de septiembre de 2020.

Otras pruebas aportadas en el transcurso procesal

- Acta de cierre de queja de acoso laboral presentada por la demandada.
- Queja interpuesta por la demandada en contra de la señora Gloria Inés Castillo.
- Historia clínica de la paciente Eimy Yineth Mosquera Casas.

Caso concreto:

Para definir el problema jurídico planteado, tal y como lo señaló la juez de primera instancia y como fue aceptado por las partes, además de existir prueba documental que lo acredite, entre la accionada y el Instituto demandante se celebró un contrato de trabajo a término fijo a partir del 16 de agosto de 2016, para ejercer el cargo de “TERAPEUTA RESPIRATORIO”, contrato que se modificó mediante cláusula adicional el 1º. de julio de 2017 a término indefinido a partir de la suscripción de la misma.

Tampoco ofreció reparo que la accionada goza de la garantía foral al ser miembro de la junta directiva del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT “SINTRAIROOS”, como Secretaria de Educación y Promoción Social y Deportes como lo certifica la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo.

El argumento del recurso de apelación de la parte actora, en síntesis, señala que existe una justa causa para despedir a la trabajadora que se acredita con una valoración de las pruebas decretadas.

El artículo 39 de la Carta consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. A su vez el artículo 405 del C.S. del T. define el fuero sindical, como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo, por lo que el interés del empleador dirigido a que se produzca cualquiera de estos eventos, debe adelantarse a través de un proceso especial dirigido a obtener el permiso respectivo, respecto de los trabajadores amparados por dicho fuero consagrado en los artículos 406 y 407 del CST, y teniendo en cuenta las causas consagradas en el artículo 410 del CST.

El literal b) del artículo 410 del CST señala que son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por fuero las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST para dar por terminado el contrato de trabajo.

Por ello pasa la Sala a analizar el material documental aportado, así como los interrogatorios y testimonios rendidos ante la juez de primera instancia, para determinar si los hechos señalados por el empleador en la carta de terminación del contrato de trabajo son justa causa para autorizar el despido.

Al proceso se aportaron las siguientes pruebas de relevancia para definir el problema jurídico:

Al respecto se tiene que el día 27 de agosto de 2020 el Instituto Roosevelt le comunica a la accionada la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa por lo siguiente:

“...El pasado 14 de abril de 2020 en horas de la tarde usted ingresó a turno en donde uno de los pacientes que usted tenía a cargo, era una menor de edad (EMC) de un (1) año de edad, quien había sido sometida a una traqueotomía y soporte de oxígeno por su patología respiratoria.

En relación con el tratamiento ofrecido a la paciente al cual debe precisar dos terapias del turno en la noche por la atención, usted solo efectuó las terapias correspondientes a las 10:00 pm, de ese día, pues durante la madrugada del día 15 de abril de 2020 y parte de la mañana hasta las 7:00 am, cuando debía realizar las terapias correspondientes no lo hizo, debido a que la paciente se encontraba dormida y se escuchaba bien.

Lo anterior se sustenta en que la señora Nancy Casas Mosquera, madre de la menor de edad, presentó formalmente una queja ante el Instituto por la falta de atención de su hija argumentando puntualmente lo siguiente:

“La noche de hoy la niña solo obtuvo la terapia de las 10:00 de la noche, en toda la madrugada no obtuvo ni una, a las 6:00 a.m. pasó la terapeuta y como la niña estaba dormida y se escuchaba bien, no le hizo la terapia, a las 7:00 a.m. pasaditas se despertó la niña y estaba tapada y botó muchos mocos con solo sangre.”

Esta situación resulta ser grave e inaceptable, como quiera que este tipo de conductas pusieron en riesgo la vida del menor.”

Más adelante y frente a lo registrado en la historia clínica de la paciente Eimy Mosquera tal misiva señaló:

“...La situación es tan grave, que usted registró en la historia clínica que había realizado la terapia a la paciente cuando no fue así, faltando a todas luces a la verdad, como lo expone la madre de la paciente (EMC) en su queja y como se evidencia en el reporte de evolución clínica de la menor de edad, a tal punto que usted frente a la pregunta de si era consciente de esta situación respondió que “siempre se realizan notas de los procedimientos”, omitiendo el hecho de que en la comunicación del 23 de abril de 2020 donde se le puso de presente la situación presentada con la queja usted indicó expresamente que “el error fue que se registró la permeabilización a la hora que no era”.

Y concluyó:

“...Por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones, prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias, no queda alternativa que dar por terminado su contrato con justa causa en la forma como se le está comunicando, como quiera que las anteriores conductas se enmarcan dentro de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículo 56, 58, 60 y 62; en su contrato de trabajo e igualmente lo relativo a

obligaciones y prohibiciones del trabajador según el Reglamento Interno de Trabajo (Artículo 44 numeral 1, 10, Artículo 46 numeral 9, Artículo 47 numeral 5), y demás normas concordantes y/o complementarias...”

Ahora bien, la queja mencionada en la carta de despido fue presentada por la señora Nancy Sther Casas Mosquera y, en síntesis, indica que su hija (Eimy Mosquera Casas) había recibido tan sólo una terapia a las diez de la noche, pero que en la madrugada no se le había efectuado la terapia respectiva, la terapeuta paso a las seis de la mañana y como la niña estaba dormida y se escuchaba bien no le realizó la terapia; la niña se despertó a las siete pasaditas *“y estaba tapada y boto (sic) muchos mocos con sangre”*.

A raíz de ello, el 6 de mayo de 2020, el Instituto citó a descargos a la trabajadora y le comunicó la apertura de proceso disciplinario por dos razones:

- Incumplir con la obligación de prestar atención al paciente de forma oportuna, suficiente y adecuada, e,
- Incumplir con la obligación de diligenciar la Historia Clínica del paciente con información verídica y de forma oportuna.

Luego, la señora Gloria Inés Castillo León, Coordinadora de Terapia Respiratoria del Instituto, el 15 de mayo de 2020, solicitó la apertura de proceso disciplinario para la demandada, debido a que no había prestado oportunamente el servicio a la paciente y hacía un mal uso y abuso del registro en la historia clínica haciendo notas de tratamiento a los pacientes cuando no los realizaba.

Después de que la demandada presentara inconformidad frente a la apertura del proceso disciplinario y citación a descargos y luego de solicitar en varias oportunidades el aplazamiento de tal diligencia, el día 23 de julio de 2020 se lleva a cabo la reunión en donde la trabajadora presenta pruebas y señala, en resumen, que el día 14 de abril de 2020 a las seis de la mañana no realizó terapia respiratoria a la paciente Eimy Mosquera de un año de edad debido a que no se encontraba de turno; que dicha terapia la hizo a las tres de la mañana y no hubo sangrado, que si no existía orden médica que lo ordenara no se debía realizar procedimientos a los pacientes y que en el caso de la menor, ella no contaba con orden médica que estableciera un horario específico para realizar la terapia respiratoria a las seis de la mañana; que después de que hizo ese procedimiento lo había consignado en el documento de evolución de la paciente.

El 23 de abril de 2020, se firma un acta de compromiso en donde se insta a la demandada a desempeñar de una mejor manera sus funciones y la trabajadora indica que realizó la terapia a las tres de la mañana, que la

mamá de la paciente se encontraba dormida y que el error fue en haber registrado la permeabilización a la hora que no era.

Además de esa acta, se encuentra la suscrita en junio de 2019, mediante la cual la accionada se compromete a realizar una capacitación ética y criterio profesional en la toma de decisión sobre el manejo de la oxigenoterapia para la seguridad del paciente, dar tratamiento adecuado que requiera el paciente y activar el equipo de respuesta inmediata.

Frente a la realización de la terapia que la madre de la menor indica no se realizó, reposa documento denominado “EVOLUCIÓN” en donde consta en el registro efectuado por la señora Mabel Martínez el 15 de abril de 2020 a las 06:06 lo siguiente: *“...Objetivo. Análisis: TURNO NOCHE 06:00 SE REALIZA TERAPIA RESPIRATORIA DADA POR PERCUSION MAS ACELARACION DE FLUJO, SE INSTILA SSN09% POR TRAQUEOSTOMIA MAS PRESION POSITIVA MAS SUCCION ABIERTA CON 1 CATETER NELATON # 8 SE OBTIENE MODERADA RESPUESTA DE SECRECION MUCOHIALINAS SIN SANGRADO, SE ADMINISTRA INHALOTERAPIUA, SALBUTAMOL, BROMURO DE IPRATROPIO MAS BCLOMETASONA BUCAL SE LIMPIA ESTOMA Y SE CUBRE CON GASAS ESTERIL, TERMINA PROCEDIMIENTO SIN COMPLICACION. QUEDA PACIENTE ESTABLE SATURANDO 98%...”*

Además, obra registro de entrada y salida de la accionada, en donde se observa que el día de los hechos, esto es el 14 de abril de 2020 ingresó a las 13:04 y hora de salida 07:11 del 15 del mismo mes y año.

Como memorandos se encuentran los de fechas 5 de marzo y 7 de mayo de 2020, dirigidos, entre otras terapeutas respiratorias, a la demandada; el primero debido a la existencia de glosas por no adherencia a registros en historia clínica y falta de cobros o subfacturación de oxígeno y, el segundo, por no haberse presentado ni virtual y tampoco presencialmente a la reunión de Proceso de Terapia Respiratoria.

El 4 de septiembre de 2020, el Instituto al dar respuesta al recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por la trabajadora, le indica, entre otros aspectos, que *“el Instituto tomó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, como quiera que nunca fue autorizada para que omitiera la obligación contractual de cumplir con sus responsabilidades conforme a cada procedimiento y diagnósticos requeridos y adicionalmente, el consignar información que no corresponde a la realidad en la historia clínica.”* Y por ello confirma la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

Además de la prueba documental mencionada, rindieron interrogatorio las partes así:

El **representante legal del Instituto demandante** señaló, en síntesis, que no tenía acceso a la historia clínica de los pacientes pues contaban con reserva médico-legal, que las terapeutas respiratorias sabían que debían hacer los recorridos para priorizar la vía aérea, que ello era un concepto fundamental en este caso porque la colaboradora conocía las instrucciones de recomendación de priorización de vía aérea por lo que debía realizar sus intervenciones asistenciales de manera periódica, que no sabía cuántas terapias debían realizársele a la paciente en cuestión pues desconocía tal información, pero que la terapeuta respiratoria debía atender para ello las Guías de Manejo Clínico del Servicio pues había pacientes que necesitaba menos y otros que necesitaba más terapias. Más adelante, agregó que en el plan de tratamiento de las historias clínicas estaba la periodicidad con que debían hacerse las terapias.

Por su parte, **la señora Mabel Enith Martínez** dijo que el 14 de abril de 2020 había iniciado a prestar turno a la una de la tarde, que después de haberle efectuado el procedimiento a la paciente Eimy Casas aproximadamente a las tres de la mañana, había dejado el registro con posterioridad. Refirió que tratándose de pacientes “traqueostomizados”, las terapias se hacían según la necesidad de cada uno a criterio profesional de la terapeuta, que desde el 12 de abril la paciente no tenía orden médica especificando horas exactas para realizar las terapias.

Adicionalmente, se recibieron testimonios así:

La testigo **Claudia Arboleda Bernal** indicó ser terapeuta respiratoria y lleva en dicho cargo aproximadamente siete años, dijo que se requiere orden médica para realizar las terapias, que atendió a la paciente Eimy Mosquera el 15 de abril de 2020 a las 7:20 a.m. después de haberle recibido el turno de la noche a la demandada, que le realizó terapia porque cada cuatro horas debe realizárseles dicho procedimiento a los pacientes y esa era de urgencia ya que a las seis de la mañana no se le había hecho ninguna terapia. Señaló que había un protocolo de pacientes por traqueostomía y refiere que mínimo cada cuatro horas por turno debe realizarse la terapia. Que la terapia de la paciente se realizó de urgencias y por eso no necesitaba orden médica, aunque como urgencia tampoco lo registró. Que luego de haber hecho la terapia y acabado la ronda en el piso cuatro, a eso de las nueve de la mañana había registrado la terapia hecha a la menor.

La testigo **Gloria Inés Castillo**, Coordinadora del Área de Terapia Respiratoria del Instituto demandante, manifestó que a las trece horas había iniciado el turno de la demandada y debía prestarlo hasta las siete de la mañana. Dijo que todo había comenzado debido a la queja de la madre de la menor, quien había indicado que la terapia a su hija no se le había hecho

de manera oportuna, que al revisar lo sucedido con la demandada, le había dicho que no era la primera vez que pasaba pues ya eran varias y que por tanto ya no se iba a hacer un acta de compromiso sino la iniciación del proceso disciplinario. Agregó que los pacientes traqueostomizados tiene un protocolo en la Institución en lo relacionado con el número de terapias, que no sólo son tres veces al día porque la orden médica iba cada ocho horas, que las terapias debían hacerse las veces que el paciente lo requiriera. Que se le hizo un llamado de atención a la terapeuta Claudia por no haber registrado la urgencia de la menor y registrado a tiempo la realización de la terapia y que como sólo era ese evento, que por eso sólo se le había llamado la atención.

Declaró la señora **Vivian Hernández Sánchez**, terapeuta respiratoria, y quien conoce a la demandada hace aproximadamente tres años por ser compañera de trabajo, que estaba con la señora Mabel Martínez la noche del 14 de abril, subió al cuarto piso junto con la accionada a hacerle la terapia a las diez de la noche a la menor, que luego se recibió una llamada y a las tres de la mañana se había realizado nuevamente la terapia respiratoria, que para la de las tres había subido la accionada, que le consta lo dicho porque ese día a eso de las tres de la mañana estaban en la oficina alistando lonchera y habían dejado ambas todo el equipo de terapeuta del día, que la demandada se había demorada con la citada menor haciéndole la terapia y por eso la testigo había tenido que ayudarle con otros pacientes de traqueostomía. Dijo que cada cinco minutos no podían estar escribiendo lo que hacían porque se demorarían mucho, que por eso generalmente realizan las anotaciones cuando acaban turno, pero deben anotar la hora en que se hizo cada procedimiento; narra que estuvo presente cuando la mamá de la paciente le había dicho a la demandada que la compañera de la mañana le había dicho que pasara una queja por la falta de terapia de su hija en las horas de la mañana.

La señora **María Teresa Retavisca**, vicepresidenta del sindicato al que pertenece la demandada, indicó ostentar el cargo de auxiliar administrativa de call center del Instituto, que por formar parte del Comité de Convivencia sabe que la accionada ha presentado queja de acoso laboral contra la señora Castillo, sabe también que la señora Mabel sufre de dermatitis y que según lo que le comentaba la trabajadora, en las reuniones generalmente se decía que ella era una mala trabajadora, adicional a que la señora Gloria Castillo no estaba de acuerdo que la accionada formara parte de la junta directiva del sindicato.

Finalmente, el testigo **José Arley Corso Castro** señaló conocer a la demandada porque también es terapeuta respiratorio hace aproximadamente seis años, manifestó que él junto con otros compañeros le solicitaron a la señora Gloria como coordinadora que les ayudara en varios

aspectos, como por ejemplo cambiarles la oficina que quedaba al lado de los baños, cambiarles la hora de facturar y que la pasara de las 6 de la mañana a las 4 de la mañana para que pudieran tener más tiempo con los pacientes y organizarse mejor, pero que ella no les colaboró. Dijo que el Instituto les había suspendido el contrato de trabajo sin darles un aviso de por lo menos quince días de anticipación.

Como se expuso el artículo 410 del CST establece las justas causas del despido entre ellas las señaladas en los artículos 62 y 63 del CST.

En relación con las justas causas de terminación del contrato, se tiene que en la carta de terminación del contrato la empresa demandante sustentó normativamente la decisión contenida en la comunicación de 27 de agosto de 2020 en los artículos 56, 58, 60 y 62 del CST y en lo relativo a las obligaciones y prohibiciones según el reglamento interno contenido en los artículos 44 numerales 1, 10; 46 numeral 9 y 47 numeral 5, por hechos acaecidos el 14 de abril de 2020.

Los hechos en que se sustenta la decisión, en síntesis, obedecen a lo ocurrido en el turno que realizaba la demandada el 14 de abril de 2020 con una paciente menor de edad a la que solo se le efectuó las terapias correspondientes a las 10:00 p.m. de ese día, pero durante la madrugada del día 15 de abril de 2020 y parte de la mañana hasta las 7:00 a.m. no se realizó terapia adicional, sin embargo, registró en la historia médica que le efectuó a la menor la terapia respiratoria a las seis de la mañana.

Las pruebas indican que efectivamente la demandada registro su ingreso a la institución el día 14 de abril de 2020 a las 13:04 y la salida a las 07:11 del 15 de abril de 2020, que a su cargo se encontraba la menor a la que se la había practicado una cirugía a quien debía dar atención porque requería de terapia respiratoria y que no le suministró ese servicio a las seis de la mañana como lo reportó en la historia médica.

Respecto de que no aplicó la terapia a las seis de la mañana como lo anotó en la historia clínica de la paciente se encuentra acreditado con la información de la madre de la menor que presentó la queja escrita y con lo expuesto por la demandada durante el trámite administrativo de los descargos, ya que es la misma trabajadora la que señala que por un error anotó la terapia como realizada a las seis de la mañana, pero que la había realizado a las tres de la mañana, esto es, en momentos en que la madre de la menor se encontraba dormida y que por ello, ella no se dio cuenta de que se había realizado la terapia a la menor.

Respecto de que la trabajadora realizó la terapia a las tres de la mañana, se encuentra el testimonio de la señora **Vivian Hernández Sánchez**, terapeuta

respiratoria, quien expuso que se había realizado la terapia a las diez de la noche y que después a las tres de la mañana se había realizado nuevamente la terapia, sin embargo, al revisarse la historia clínica de la menor no obra prueba que en los días anteriores las terapias respiratorias se le realizaran durante las horas de la madrugada, por el contrario se ven practicadas durante el día en varias oportunidades, pero ninguna en las horas de doce de la noche a cinco de la mañana, ni siquiera dentro del mismo turno realizado por la trabajadora el día 12 de abril de 2020 y que culminó el 13 de abril de la misma anualidad en el que se constata que las terapias se realizaron a las 20:00 horas del 12 de abril y a las 6:30 horas del 13 de abril.

Lo anterior genera duda sobre si en realidad se realizó o no la segunda terapia a la menor, máxime cuando la acompañante (madre de la menor) indicó en la queja que no se había realizado terapia durante la noche, salvo las de las diez de la noche y que a las seis de la mañana cuando pasó la terapeuta no la realizó porque la menor estaba dormida y respirando bien.

Pero de lo que no existe duda en el expediente es que la trabajadora registró en la historia médica que el procedimiento lo realizó a las seis de la mañana, porque así lo aceptó desde el trámite administrativo, sin que esto coincidiera con la realidad.

Recuérdese que la carta de terminación del contrato no solo señala la falta de la realización de la terapia respiratoria a la menor, sino también que se realizó el registro de una terapia en una hora que no se había realizado.

Si bien es cierto no se especificó en la carta de despido una de las causales en específico del art. 62 del C.S.T., como lo señaló el juez de primera instancia, es de anotar que el empleador invocó lo relacionado con las obligaciones y prohibiciones señaladas en el Reglamento de Trabajo, así:

Art. 44 Numeral 1°: “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido.

Art. 44 Numeral 10°: “Cumplir las políticas, manuales, estatutos, reglamentos, directrices, programas, códigos, circulares, procedimientos, normativas existentes en la empresa y en general cualquier instrucción que imparta el empleador.

Art. 47 Numeral 5°: “Descuidar el desarrollo del proceso productivo e incumplir órdenes o instrucciones de los superiores.”

Con ello se tiene que frente al Reglamento si se dispuso con claridad las normas que había incumplido la accionada y que se repite, son las relacionadas con las obligaciones y prohibiciones del trabajador, cuyo incumplimiento o violación se encuentra consagrado en el artículo 62 del CST, literal a) numeral 6, subrogado por el DL 2351 de 1965.

El artículo 62 del CST, subrogado por el DL 2351 de 1965, consagra en el párrafo que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. Y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que las partes al momento del finiquito contractual deben señalar la causal o motivo (Sentencias SL1166 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020) sin que exista una fórmula de cómo debe expresarse, ya que lo relevante es que esta sea una manifestación lo suficientemente clara e inequívoca, y por ello ha aceptado que la justificación se aduzca así:

- “a) citando exclusivamente la norma que la contempla sin indicar el hecho.*
- b) expresando escuetamente el hecho que la configura sin ninguna cualificación o innovación normativa.*
- c) manifestando el hecho pero calificándolo jurídicamente o mencionando las normas que lo respalden como causal de terminación. Y para esa hipótesis es importante aclarar que cualquier clase de error en la calificación jurídica o en la invocación de los textos de respaldo no invalida la justa causa”. (sentencia 6847 de octubre 25 de 1994).*

De tal manera que aunque no se hubiere señalado de manera específica el numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST como causal de terminación del contrato, esto no hace que los hechos alegados en la carta y durante el proceso administrativo les falte claridad sobre la causal o motivo alegado para el finiquito contractual.

Ahora respecto de las causales justificativas alegadas por la trabajadora, esto es, que no había una orden con periodicidad determinada por el pediatra para realizar la terapia, y de que se dio un error al consignar la hora de la realización de la terapia en la historia médica, lo primero que se destaca es que de las pruebas se puede colegir que efectivamente en la historia se había ordenado por el pediatra el 15 de abril de 2020 seguimiento por terapia respiratoria como una de las justificaciones para que continuara la menor hospitalizada y si bien no se especifica el número ni la periodicidad se puede colegir una vez escuchados los testimonios, porque todos afirman que cada paciente es diferente y por tanto cada uno requiere más o menos terapias, que no tiene que existir de por medio orden médica que prescriba

la realización de la terapia con determinada periodicidad, sino que es a discrecionalidad del profesional que se lleva a cabo la misma, situación que puede corroborarse en la historia clínica de la menor en la que se le practicaron terapias no siempre a la misma hora, todas que por razón de su patología se debían suministrar y entre las posibles actividades desarrolladas durante la terapia se encontraban: ejercicio de movilidad lingual, labial y mandibular, uso de aceite mineral para la estimulación motora, manejo de texturas en proceso de alimentación, etc., al punto que la demandada las realizó durante los turnos que debía prestar el servicio.

Tampoco se puede señalar que las mismas no eran necesarias porque se indica en el registro como plan de manejo en caso de egreso “realice la terapia respiratoria con el incentivo respiratorio como se le enseñó aquí para mantener sus pulmones libres de secreciones dos o tres veces al día”, de tal manera que si era necesario realizar dichas terapias en caso de estar en la casa con mayor razón cuando el pediatra ordenó el seguimiento con terapia respiratoria como una de las razones para mantener la menor hospitalizada, y mientras no se dijera por el pediatra que se suspendían se debían seguir realizando.

Respecto del error sobre la anotación de la hora en que se realizó la terapia, es de anotar que una de las obligaciones de las personas que prestan servicios de salud es el de registrar cada uno de los procedimientos, medicamentos y demás actividades que se relacionan con los pacientes que atienden, máxime en este caso que se trataba de una mejor con tratamientos de diferentes especialistas, porque de los informes que se realizan se puede entrar a determinar las medidas que se deben continuar practicando a cada paciente, por ello, es importante que los datos que se encuentran en la historia clínica del paciente sean verídicos y verificables.

El artículo 62 del CST señala que es justa causa de terminación del contrato la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que le incumben al trabajador, y una de las obligaciones de la demandada además de realizar la terapia respiratoria era dejar el registro de su práctica en la historia clínica de la menor de un año y nueve meses a quien se le había practicado una cirugía en la hora que efectivamente se había realizado, cuya omisión o alteración se constituye en una falta grave a sus obligaciones por las implicaciones que puede tener en la salud del paciente.

Se puede aseverar que puede tener consecuencias en la salud un error de esa magnitud porque al realizarse la terapia respiratoria se utilizan medicamentos y se realizan maniobras como se puede observar en la anotación que la trabajadora dejó en la historia clínica de la paciente: “EVOLUCIÓN” en donde consta en el registro efectuado por la señora Mabel Martínez el 15 de abril de 2020 a las 06:06 lo siguiente: “...*Objetivo. Análisis:*

TURNO NOCHE 06:00 SE REALIZA TERAPIA RESPIRATORIA DADA POR PERCUSION MAS ACELARACION DE FLUJO, SE INSTILA SSN09% POR TRAQUEOSTOMIA MAS PRESION POSITIVA MAS SUCCION ABIERTA CON 1 CATETER NELATON # 8 SE OBTIENE MODERADA RESPUESTA DE SECRECION MUCOHIALINAS SIN SANGRADO, SE ADMINISTRA INHALOTERAPIUA, SALBUTAMOL, BROMURO DE IPRATROPIO MAS BCLOMETASONA BUCAL SE LIMPIA ESTOMA Y SE CUBRE CON GASAS ESTERIL, TERMINA PROCEDIMIENTO SIN COMPLICACION. QUEDA PACIENTE ESTABLE SATURANDO 98%...”

De tal manera que el informe errado de la hora de aplicación de medicamentos o la falta de veracidad en dicha información puso en riesgo la salud de la menor que por su edad tampoco podría advertir de la irregularidad presentada a los otros integrantes del personal médico, tal como si lo hizo su progenitora quien informó que no se había realizado la terapia respiratoria a las 6:00 de la mañana lo cual contradecía de manera abierta el registro que había anotado la trabajadora en la historia de la menor.

Por lo anterior, se acredita en el proceso la violación grave de la obligación de la demandada de registrar información veraz en la historia clínica de la paciente relacionada con la practica de terapia respiratoria, por lo que hay lugar a levantar la garantía de fuero sindical que la ampara para autorizar la terminación del contrato de trabajo que la vincula con la entidad demandante.

Finalmente y frente al reparo de la recurrente con relación a los llamados de atención a la accionada, coincide la Sala con lo expuesto por la juez en relación a que los memorandos impuestos a la demandada y a otras terapeutas, no hacen referencia expresa a lo que se discute en este asunto, así como tampoco el presunto fuero de estabilidad reforzada por enfermedad a favor de la demandada ni el presunto acoso laboral ya que este proceso por ser especial solo se refiere al análisis de la existencia o no de una justa causa para terminar el contrato de trabajo de conformidad con el artículo 410 del CST.

Por las anteriores razones, se revocará la sentencia de primera instancia, para ordenar el levantamiento de la garantía foral a la demandada y autorizar a la demandante la terminación del contrato de trabajo que la vincula con la trabajadora.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida 19 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral Circuito de Bogotá por las razones expuestas, y, en su lugar, **ORDENAR** el levantamiento de la garantía de fuero sindical que ampara a la señora MABEL ENITH MARTÍNEZ, identificada con la C.C. 64'570.259 y **AUTORIZAR** al INSTITUTO ROOSEVELT a terminar el contrato de trabajo suscrito con la trabajadora demandada.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado